

הקדמה

הטיפול המשפטי בשואה נתון בדיון מתמשך בין היסטוריונים למשפטנים.¹ עד לאחרונה התמקד הדיון במשפט הפלילי, בעקבות משפטים פליליים שקיבלו פרסום עצום כגון משפטי נירנברג ב־1945, משפט אייכמן ב־1961 ומשפטי ברבי ופאפון בשנות התשעים בצרפת. בשנים האחרונות, תשומת לב מחקרית מופנית לכיטוי חדש שהשואה מקבלת בכתי המשפט: תביעות השבה קבוצתיות של ניצולי שואה ויורשיהם שהוגשו לבתי משפט פדרליים אמריקניים בשנות התשעים (להלן: "תביעות ההשבה"). בשנת 1996 הוגשו בשם ניצולי שואה התביעות הראשונות נגד בנקים שוויצריים להשבת כספים שהחזיקו מאז המלחמה. עד מהרה נוספו על ההליכים המשפטיים הללו תביעות שהוגשו נגד בנקים בארצות אחרות, תביעות נגד חברות ביטוח בגין פוליסות ביטוח חיים ותביעות פיצויים והשבה נגד תאגידים עסקיים גרמניים ואחרים בגין העסקת עובדים בתנאי עבדות וכפייה. בעלי הדין בתביעות הללו הגיעו להסכמי פשרה בסכומים חסרי תקדים בלי שהנתבעים קיבלו על עצמם אחריות משפטית פורמלית. משפטנים והיסטוריונים ביקרו בחריפות את התביעות ואת עיוות ההיסטוריה שגרמו, והעלו ספקות באשר למידת הצדק שנעשה עם הצדדים בהסדרים הללו.² כך, לדידו

* פרופסור, אוניברסיטת תל־אביב, הפקולטה למשפטים על שם בוכמן. מאמר זה הוא גרסה של *Leora Bilsky, Transnational Holocaust Litigation*, 23 *Eur. J. Int'l L.* 349 (2012) ושל פרק שהתפרסם אצל *DIE GLOBALISIERUNG DER WIEDERGUTMACHUNG POLITIK, MORAL*, MORALPOLITIK (José Brunner, Constantin Goschler & Norbert Frei eds., 2011). המאמר תורגם מאנגלית על ידי איה ברזיר. ברצוני להודות לז'וזפה ברונר, לדודג'ר סטרון, לחנוך דגן, לשחר אלדר, לאוון פיס, לאורי הרשטיין, לדורין לוסטיג, למייקל מארוס, לברט ניובורן, לאריאל פורת ולכריסטופר טומלינס על הערותיהם. תודה מיוחדת לנטלי דודזון על מחקר, הערות ודיונים אי־סופיים בנושאי המאמר, וכן לנלי פרוסט על סיועה במחקר בשלבים האחרונים. מאמר זה הוא חלק מפרויקט רחב יותר של ספר העוסק בתביעות ההשבה בגין השואה, שהתאפשר הודות למימון מהמכון למשפט והיסטוריה על שם קרן דיוויד ברג, ממרכז מינרבה לזכויות אדם, מרכז צגלה למחקר בין־תחומי של המשפט והקרן הלאומית למדע. (מענק מספר 795/11).

1 מאז משפטי נירנברג יש קונצנזוס שלפיו בתי המשפט יוצרים תמונה היסטורית מעוותת ופשטנית של פשעים המוניים בשל דרישות הדין המהותי והפרוצדורלי. להרחבה ראו *RICHARD ASHBY* של פשעים המוניים בשל דרישות הדין המהותי והפרוצדורלי. להרחבה ראו *WILSON, WRITING HISTORY IN INTERNATIONAL CRIMINAL TRIALS* 1-2 (2011). לדעה נוגדת ראו *LAWRENCE DOUGLAS, THE MEMORY OF JUDGMENT* (2001).

2 ראו, למשל, *Anthony Sebok, Reparations, Unjust Enrichment, and the Importance of Knowing the Difference Between the Two*, 58 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 651 (2003); *Samuel Baumgartner, Human Rights and Civil Litigation in United States Courts: The Holocaust Era Cases*, 80 *WASH. U. L.R.* 835 (2002); *Michael Thad Allen, The Limits of Lex Americana The Holocaust Restitution Litigation as a Cul-de-Sac of International Human-Rights Law*, 17 *WIDENER L. REV.* 1 (2011).

של היסטוריון המשפט מיכאל ר' מארוס³ לא העלו התביעות כל תרומה להבנת השואה; ולא זו בלבד אלא שהן גם הרחיקו אותנו מהתובנות של המחקר ההיסטורי – עיוותו וסילפו את התמונה ההיסטורית של מעורבות התאגידים הפרטיים בשואה. מאמר זה שב ובוחר את שאלת הצדק שנעשה עם הצדדים בתביעות ההשבה ואת היחס בין המשפט להבנה ההיסטורית של השואה כפי שנתעצבה מחדש בתביעות הללו. המטרה העיקרית של המאמר היא להצביע על ההיבטים התורת-משפטיים של תביעות ההשבה – היבטים שנזנחו בסערת הוויכוח. מאמר זה מפרש את המעבר למשפט הפרטי ולהליכים פרוצדורליים אזרחיים כמענה ללאקונה משפטית מתמשכת – כיצד להטיל אחריות על תאגידים בשל מעורבותם בשואה. ככלל, עד לתביעות ההשבה נהנו תאגידים פרטיים מחסינות מפני אחריות משפטית (פלילית ואזרחית) בגין תרומתם לפשעי הרייך השלישי;⁴ המשפט הפלילי הבין-לאומי לא הצליח להתמודד באופן מספק עם שאלה זו.⁵ סמכות השיפוט הפלילית של בית הדין הבין-לאומי

3 MICHAEL R. MARRUS, SOME MEASURE OF JUSTICE: THE HOLOCAUST ERA RESTITUTION CAMPAIGN OF THE 1990s (2009). ביקורות רבות נכתבו על התביעות ולא נוכל לעסוק בכולן. ספרו של מארוס מסכם את מרבית הביקורות ומקשר בין הביקורת המשפטית לזו ההיסטורית ולכן בחרתי להתמקד בו.

4 עד שנות התשעים, רק לעתים נדירות הועמדו לדין תאגידים פרטיים ומנהליהם בגין מעורבותם בשואה. במשפטים שנערכו לחברי הדירקטוריון של אי. גה. פרבן בגרמניה לאחר המלחמה זוכו מרבית הנאשמים מאשמות שעניינן עבודה בכפייה בשל מחסור בראיות ברורות בכל הנוגע לידע שהיה ברשותם ולמעורבותם הישירה. ראו Alberto L. Zuppi, *Slave Labor in Nuremberg & I.G. Farben Case: The Lonely Voice of Paul M. Hebert*, 2 LA. L. REV. 66, 495–526 (2006); BENJAMIN FERENCZ, LESS THAN SLAVES: JEWISH FORCED LABOR AND THE QUEST FOR COMPENSATION 34-67 (2002). ניסיונות ראשוניים להטלת אחריות במשפטי נירנברג עוכבו בשל לחץ שהפעילו עסקים גרמניים, וביתר שאת בשל London Debt Agreement, I, הסכם משנת 1953 שהקפא תובענות פיצויים של יחידים נגד נאשמים גרמניים פרטיים עד לחתימת הסכם שלום עם גרמניה שיסיים את מלחמת העולם השנייה. ראו Gerald D. Feldman, *Holocaust Assets and German Business History: Beginning or End?*, 25 no.1 GER. STUD. REV. 23, (2002) 25 הסכם שלום כזה לא נחתם כידוע.

5 על מגבלותיו המבניות של המשפט הפלילי בהתמודדות עם פשעים של ארגונים ותאגידים ביוורקטיים ראו Leora Bilsky, *Judging Bureaucracy*, in HANNAH ARENDT AND THE LAW (להלן: Marco Goldoni & Christopher McCorkindale eds., 2012) 272 (AND THE LAW A. Bush, *The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said*, 109 COLUM L. REV 1094 (2009); Doreen Lustig, *The Nature of the Nazi State and the Question of International Criminal Responsibility of Corporate Officials at Nuremberg: Revisiting Franz Neumann's Concept of Behemoth at the Industrialist Trials at Nuremberg*, 43 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 965 (2011) כפי שהדגיש בוש (שם, בעמ' 1098), אף תאגיד מעולם לא הואשם או הורשע בגין פשעי מלחמה בין-לאומיים או בגין עברה דומה, ורק יחידים הועמדו לדין במשפטים הראשונים בנירנברג ובטוקיו ובארבעת משפטי נירנברג העוקבים שהתמקדו במנכ"לים, במנהלים ובבעלים של מפעלי ענק גרמניים כגון "קרופ", "פלילק", ו"אי. גה. פרבן". אפילו כשהעמידו אותם לדין

בהאג לא חלה על תאגידים; בד בבד התפתח מסלול עקיף של תביעה אזרחית נגד יחידים ותאגידים זרים בבתי משפט פדרליים אמריקניים בגין הפרות של משפט העמים, תוך הסתמכות על הסמכות האוניברסלית האזרחית שהחוק האמריקני מעניק. אולם העניין תלוי ועומד כעת בבית המשפט העליון האמריקני בפרשת *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*.⁶ אם כן, מהי התרומה של תביעות ההשבה להתמודדות עם הלאקונה המשפטית ביחס לאחריות תאגידים במשפט הבינ-לאומי? המאמר מציע שני סוגים של מיפוי: הראשון הוא מיפוי נורמטיבי המראה כי תביעות ההשבה ביקשו לשלב בין שתי מסורות משפטיות שונות זו מזו. המסורת האחת מקורה בהתפתחות המשפט הבינ-לאומי הפלילי בעקבות מלחמת העולם השנייה; המסורת האחרת מקורה בתביעה הקבוצתית לרפורמה מבנית, שפותחה בארצות-הברית בשנות השבעים של המאה שעברה לצורך טיפול בהפרות חמורות של זכויות אדם על ידי מוסדות בירוקרטיים כגון ספר ובתי חולים. המיפוי השני שהמאמר מציע הוא מיפוי דיסציפלינרי המצביע על ההשלכות של מנגנון התביעה החדש שנוצר בתביעות ההשבה על מערך היחסים שבין משפט להיסטוריה, ובמיוחד מיפוי השפעתו על חקר ההיסטוריה ועל עיצוב הזיכרון הקולקטיבי של השואה.

המאמר יבדוק את המנגנון הפרוצדורלי החדש שנוצר: עד כמה הוא תורם, ובאיזה אופנים, לסיום עידן החסינות של תאגידים עסקיים בגין מעורבותם בפשעי הרייך השלישי; כיצד הוא מתגבר על כמה מגבלות מבניות של המשפט הפלילי ובראשן עקרון האשמה האינדיבידואלית; וכיצד הוא תורם לחשיבה מחודשת על המטרה הדיקטטית של משפטי השואה.

הטיעון העיקרי שיוצג הוא שתביעות ההשבה שהתבססו על מנגנון של תביעה קבוצתית טרנס-לאומית הציעו דרך חדשה ומקורית להתמודד עם דילמות שעלו בעבר במשפטי השואה הפליליים: צדק לבעלי הדין וצדק להיסטוריה. למעשה, התביעות מציעות למשפט דרכים חדשות להתמודד עם שאלת האחריות של ארגונים בירוקרטיים ותאגידים עסקיים בכל הנוגע לשואה. הדבר נובע משילוב של מאפיינים ייחודיים לתביעה הקבוצתית כגון המבנה הקיבוצי של התביעה, השינוי במבנה של בעלי הדין והשינוי בתפקיד השופט. אנו עדים לכמה שינויים ביחס לתביעות השואה בעבר – מתובע יחיד לתובע קבוצתי, מנתבע יחיד לנתבע ארגוני, מהליך הנשלט על ידי מדינות להליך יזום על ידי עורכי-דין פרטיים

סירבו בתי המשפט להרשיע את הנאשמים ללא הוכחה של כוונה פלילית מובהקת. לדוגמה, במשפטים ה"עוקבים" בנירנברג של חברי מועצת המנהלים של אי.גה. פרבן זוכו רוב הנאשמים מההאשמות המתייחסות לניצול עובדים בתנאי עבדות בהיעדר עדות ברורה ליריעה של הנאשמים ולמעורבותם הישירה. לדיון נוסף ראו Zuppi, לעיל ה"ש 4, בעמ' 495. יש לציין כי משפטי נירנברג הוסיפו שני כלים לארגז הכלים המשפטי כדי להתמודד עם אחריות ארגונית: חברות בארגון פשיעה וקשר פלילי. כלים אלו ננטשו מאוחר יותר על ידי המשפט הפלילי הבינ-לאומי בשל היסודות של אשמה קולקטיבית שבהם. ראו ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, 33-34, 227 (2008). בנירנברג לא הועמדו תאגידים לדין פלילי ומגמה זו לא השתנתה בעקבות הקמת בית הדין הפלילי הבינ-לאומי, מאחר שתאגידים לא נכללו באמנת רומא עקב חילוקי דעות בנושא בין מדינות אירופה לארצות המשפט המקובל.

6 Chimène L. Keitner, *The Reargument Order in Kiobel v. Royal Dutch Petroleum and Its Potential. Implications for Transnational Human Rights Cases*, 16 A.S.I.L. Insights (March 21, 2012), <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight120321.pdf>

וארגונים אזרחיים, ומשופט דידקטי לשופט ביורוקרטי המקבל תפקיד של ניהול ופיקוח. כל אלו שינו במידה ניכרת את יחסי הכוח בין התובעים לנתבעים ואילצו תאגידים עסקיים ובנקים להתמודד לראשונה באופן רציני ומקיף עם שאלת אחריותם לפשעי הרייך השלישי. אשר לשאלת הצדק להיסטוריה אטען כי תביעות ההשבה הקבוצתיות העלו תרומה נכבדה לחקר הקשר בין המדינה לבין התאגידים והחברה האזרחית בעת ביצוע של פשעים המוניים. לעומת המשפט הפלילי הבין-לאומי, שהתמקד בפושע היחיד המסתתר מאחורי מסך ריבונות המדינה, התביעה הקבוצתית מפנה את תשומת הלב אל אחריותו של הארגון העסקי ככזה ובמיוחד אל שותפותם של תאגידים פרטיים לפשעי הביזה ולניצול כוח העבודה של קרבנות הרייך השלישי. מבחינה זו, תביעות ההשבה קירבו את המשפט למחקר ההיסטורי העכשווי, המתמקד באחריות של מבצעים עקיפים כגון תאגידים עסקיים והחברה האזרחית ככלל לפשעי הרייך השלישי.⁷

החלק הראשון של המאמר מציג סקירה כללית של תביעות ההשבה ושל הביקורת שנמתחה עליהן. בחלק השני נטען כי אפשר להבין את הביקורת כנובעת מן הפרדיגמה הפלילית שעיצבה את הדמיון המשפטי בכל הנוגע לשואה; כן נטען כי הגיע הזמן להעריך באופן חדש וחיובי את – יכולתן של דוקטרינות מהמשפט הפרטי ושל פרוצדורות התביעה הקבוצתית להתמודד עם היבטים מסוימים של השואה, במיוחד בכל הנוגע לתאגידים עסקיים. לאחר הצגת היתרונות הכלליים העולים מהשימוש בתביעה האזרחית הקבוצתית נמתקד באחד ההיבטים הבעייתיים ביותר של תביעות השואה – מנגנון הפשרה הכספית, שמנע לכאורה פסיקה עקרונית בדבר אחריות תאגידים לשואה בתמורה לתשלום של סכומי עתק. המאמר יציג את הרציונל שמאחורי מנגנון הפשרה ואת היתרונות הטמונים בו ביחס לאחריות תאגידים בגין השואה.

לטענתי לא נכון יהיה לפסול את הפשרה מניה וביה כסותרת את מטרות המשפט הציבורי העומדות בבסיס של תביעות ההשבה. ראשית, אין להקל ראש בערך הסימבולי של הפיצוי הכספי שניתן לקרבנות כמאשר את אחריות התאגידים; שנית, הפשרה לא בהכרח סותרת את מטרה של קידום נורמות בין-לאומיות, להפך: היא מהווה דרך חשובה לגבור על החסינות התאגידית; לבסוף נטען כי הפשרה לא מנעה הבנה היסטורית אלא יצרה מסגרת למחקר היסטורי מקיף של מעורבות תאגידים בשואה, בחסות המשפט אך ללא מעורבות ישירה של השופטים בכתיבת ההיסטוריה.

7 מחקרים היסטוריים העוסקים באחריות תאגידים במהלך מלחמה ראו Götz Aly, *Hitler's Beneficiaries: Plunder, Racial War, and the Nazi Welfare State* (Jefferson Chase trans., 2007); Peter Hayes, *Industry and Ideology: IG Farben in the Nazi Era* (1987); Adam J. Tooze, *The Wages of Destruction: The Making and Breaking of the Nazi Economy* (2007).

א. השואה על פרשת דרכים: בין משפט פלילי למשפט אזרחי

1. תביעות השבה טרנס־לאומיות: סקירה כללית

תביעות קבוצתיות הקשורות בשואה הוגשו לראשונה בבתי משפט אמריקניים באמצע שנות התשעים של המאה שעברה.⁸ בשנת 1996 נהנה הקונגרס היהודי העולמי, שהתייצב בראש המערכה, מתמיכה פוליטית ניכרת מצד ועדת הבנקאות של הסנאט האמריקני, והוא שדרבן אותה לקיים שימועים בנושא הבנקים השוויצריים והחשבונות הרדומים של קרבנות שואה.⁹ ממשל קלינטון תמך במהלך באמצעות התייחסות לשילומי השואה כאל עניין מדיני אמריקני; המעורבות של מחלקת המדינה האמריקנית העמיקה עם מינויו של תת־שר המסחר סטיוארט אייזנשטט (Eizenstat) לנהל חקירה ממשלתית בסוגיות הקשורות בהשבה בגין מלחמת העולם השנייה.¹⁰ בנקים שוויצרים היו הנתבעים הראשונים של תביעות קבוצתיות המוניות שהוגשו לבתי משפט פדרליים אמריקניים בשם ניצולי שואה; זמן לא רב לאחר מכן הוגשו תביעות למימוש של פוליסות ביטוח חיים ותביעות פיצויים בגין עבודה בתנאי עבדות וכפייה.¹¹ בהמשך הורחבו התביעות וכללו בנקים ותאגידים פרטיים אחרים בארצות אחרות.¹² כל התביעות היו פרי יזמה של פרקליטים פרטיים שפעלו בשם קבוצות – שונות זו מזו – של קרבנות.¹³ בשנת 1998 היו הבנקים השוויצריים הראשונים להגיע להסדר בסכום חסר תקדים של מיליארד ורבע דולר;¹⁴ זמן קצר לאחר מכן הושגה פשרה גם בשורה של תביעות שהוגשו נגד תאגידים גרמניים בגין העסקת עובדי כפייה ועבדים. הפשרה הובילה

8 למעט תביעות ספורות שהוגשו לפני כן. ראו HOLOCAUST RESTITUTION: PERSPECTIVES ON THE LITIGATION AND ITS LEGACY Xiii (Michael J. Bazylar & Roger P. Alford eds., 2006) (להלן: HOLOCAUST RESTITUTION; Allen), לעיל ה"ש 2.

9 William Z. Slany, *The State Department, Nazi Gold, and the Search for Holocaust Assets*, in HOLOCAUST RESTITUTION, שם, 31. מארוס ייחס את שורשי המערכה לדוחות שהאשימו את הבנקים השוויצריים בכך שלא טיפלו כהלכה בחשבונות מתקופת השואה ובצאצאי הקרבנות, והופצו בכלי התקשורת העולמיים מאז 1995. ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 5-11.

10 המאמץ של ממשלת ארצות־הברית התמקד במיוחד בזהב שבזו הנאצים ובחלוקת הזהב שנמצא מיד לאחר המלחמה. ראו Slany, לעיל ה"ש 9, בעמ' 32-41.

11 לסקירת הניסיונות של עובדים לשעבר בתנאי כפייה ועבדות להשיג פיצויים מממשלת גרמניה ומחברות גרמניות אחרי מלחמת העולם השנייה, ראו Constantin Goschler, *German Compensation to Jewish Nazi Victims after 1945*, in LESSONS AND LEGACIES IV: NEW CURRENTS IN HOLOCAUST RESEARCH 373 (Peter Hayes & Jeffrey M. Diefendorf eds., 2004).

12 ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 4.

13 ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3 בעמ' 17-20, Anthony Sebok, *Concepts of Injustice in Restitution; for Slavery*, 84 B.U L. REV. 1405, 1407-8 (2004).

14 ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 10-25. לתיאור מפורט של מנגנון הפשרה ראו Madeline Domes, *Compensation for Survivors of Slave and Forced Labor: The Swiss Bank Settlement and the German Foundation Provide Options for Recovery for Holocaust Victims*, 14 TRANSNAT'L LAW. 171, 175-92 (2001).

להקמת קרן גרמנית בסכום כולל של חמישה מיליארד דולר (שהתחלקו בין ממשלת גרמניה לתאגידים שווה בשווה) ולחתימה על אמנה בין ממשלת גרמניה לממשלת ארצות-הברית.¹⁵ אף אחת מתביעות ההשבה לא יושבה בסופו של דבר לגופה. אחרי תהליך של משא ומתן, שהתנהל בצל התביעות המשפטיות,¹⁶ הגיעו הצדדים להסדרי פשרה שמנעו פסיקה עקרונית בסוגיית האחריות המשפטית של התאגידים העסקיים. מידת אחריותם של אלה להחזקת רכוש שרוד או להעסקת עובדים בתנאי עבדות וכפייה נותרה עמומה בהיעדר פסיקה מבהירה כלשהי. מאחר שביקשו להימנע מפגיעה בשמם הטוב עקב קמפיין ציבורי אגרסיבי ומההוצאות הכספיות הכרוכות במשפט ממושך נוסף על הפסד אפשרי במקרה של הכרעה, העדיפו התאגידים להגיע להסדר פשרה בלי שקיבלו על עצמם אחריות משפטית כלשהי.¹⁷ אולם, בעקיפין הניב הלחץ המשפטי ממצאים היסטוריים חשובים. בנקים שווייצריים הסכימו לביקורת חשבונות מקיפה לצד דוח חקירה ממשלתי ותאגידים גרמניים הקימו ועדות היסטוריות ופתחו את ארכיוניהם להיסטוריונים שמינו ומימנו מיזמתם כדי לחקור את מעורבותם בשואה.¹⁸

15 המחוקק הגרמני חוקק חוק ליצירת הקרן. „Erinnerung, Verantwortung, Zukunft“ [EVZ] [Law on the Creation of the Foundation “Remembrance, Responsibility and Future”], v. Aug. 8, 2000, BGBl. I S.1263 (Ger.) available at http://www.stiftung-evz.de/eng/about-us/foundation_law/

16 אייזנשטט תיאר את מעורבותם הפעילה של השופטים בדרכון הצדדים לשאת, לתת ולהתפשר. RAU STUART E. EIZENSTAT, IMPERFECT JUSTICE, LOOTED ASSETS, SLAVE LABOR, AND THE UNFINISHED BUSINESS OF WORLD WAR II 85-165 (2003) והפשרה ראו Symposium, Holocaust Restitution: Reconciling Moral Imperatives with Legal Initiatives and Diplomacy, 25 Fordham INT’L L.J 494 S-i-S (2001)

17 מארוס ציטט יועץ משפטי שביטא את חששות לקוחותיו מנזק יחצ"ני והסיק כי "הנתבעים פשוט חישבו ומצאו כי יהיה זול יותר להתפשר מאשר להמשיך"; ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32. במקרה של הבנקים השווייצריים, הכחשת האחריות נמשכה זמן רב אחרי שהושגו הפשרות. בשנת 2004 מתח השופט קורמן ביקורת נוקבת על התנהלותם של הבנקים השווייצריים בתהליך חלוקת כספי הפשרה בכותבו: "אני חש חובה לכתוב מאחר ובשנה ומחצה האחרונות, הבנקים הנתבעים הגישו שורה של התנגדויות חסרות ערך ופוגעניות לתהליך החלוקה [...] התנגדויות אלה מעלות על הדעת את התיאוריה כי 'אם אתה מספר שקר גדול דיו וחוזר עליו שוב ושוב, סופך שיאמינו לך'. 'השקר הגדול' מבחינת הבנקים השווייצריים הוא שבתקופה הנאצית ואחריה, הבנקים מעולם לא עברו עברה מהותית כלשהי" (התרגום שלי; ל' ב.). למקור ראו re Holocaust Victim Asset Lit., 302 F. Supp. 2d 301, 303 (E.D.N.Y. 2004). גם Edward Korman, *Rewriting the Holocaust History of the Swiss Banks: A Growing Scandal, in HOLOCAUST RESTITUTION*, לעיל ה"ש 8, 115.

18 כך, למשל, מונה חוקר השואה ההיסטוריון שאול פרידלנדר לעמוד בראש ועדה היסטורית בלתי-תלויה שחקרה את ההיסטוריה של תאגיד התקשורת הגרמני ברטלסמן בע"מ בשנים 1921-1951. הרוח המקיף שפרסמה הוועדה התקבל כהיסטוריה הרשמית של החברה. ראו SAUL FRIEDLANDER ET AL., *BERTELSMANN IM DRITTEN REICH* (2002) בשנת 1996, בעקבות המערכה של תביעות ההשבה, הקים איגוד הבנקאים השווייצרי ועדה של רואי-חשבון והטיל עליה לערוך ביקורת חשבונית של מסמכיהם ולקבוע את היקף החשבונות

2. על התאוריה והדוקטרינה המשפטיות

תביעות ההשבה נדרשו להתגבר על מחסומים משפטיים לא מבוטלים, מכמה סיבות. ראשית, התביעות הוגשו יותר מחמישים שנה לאחר האירועים; שנית, במקרים רבים יזמו את התביעות צאצאי הקרבנות שניספו בשואה או הלכו לעולמם בשנים שאחריה; שלישית, התביעות הוגשו בבתי משפט אמריקניים פדרליים, הרחק מזירת ההתרחשויות – אדמת אירופה. נוסף על הסכיבה הפוליטית האוהדת שתוארה לעיל, בפרק א1, כמה מאפיינים ייחודיים של מערכת המשפט האמריקנית הבטיחו לתביעות ההשבה על אדמת ארצות־הברית סיכויים טובים יותר בהשוואה לכל בית משפט באירופה.

ראשית, ספר החוקים האמריקני כולל סעיף המקנה לבתי משפט פדרליים אמריקניים "סמכות שיפוט מקורית בכל תביעה אזרחית שמגיש אדם זר רק בגין נזק שנגרם אגב הפרה של חוק העמים או של אמנה של ארצות־הברית"¹⁹. סעיף זה, המוכר כסעיף Alien Tort (Statute) ATS או Alien Tort Claims Act, נחקק כבר ב־1789 וחולץ מתהום הנשייה בתחילת שנות השמונים של המאה שעברה בפסק דין שנהפך לציון דרך במשפט האמריקני – פילארטיגה נגד פנייה־אירלה.²⁰ תקדים זה נהפך עד מהרה לבסיס למספר גדול והולך של תביעות שבהן נתבקשו בתי משפט פדרליים אמריקניים להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית במקרי הפרה של זכויות אדם.²¹

הרדומים של קרבנות שואה. מאוחר יותר באותה שנה מינתה ממשלת שווייץ ועדה בת תשעה היסטוריונים לצורך הערכת התפקיד שמילאה שווייץ במלחמת העולם השנייה. בראש הוועדה עמד ההיסטוריון השווייצרי ז'אן־פרנסוא ברז'יה. שתי הוועדות פרסמו דוחות מקיפים. ראו ELAZAR BARKAN, GUILT OF NATIONS: RESTITUTION AND NEGOTIATING HISTORICAL INJUSTICES (2001) 88-111. לדוח הסופי של ועדת ברז'יה, שפורסם ב־2002, ראו The Independent Commission of Experts Switzerland - Second world war, Switzerland, national socialism and the second world war: final report, 276-7 (Zurich, 2002) available at <http://www.uek.ch/en/schlussbericht/synthesis/ueke.pdf>.

19 U.S.C. § 1350 28 (1970) ("The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.")

בפרשת סוסה, בהדגישו בית המשפט את הריסון המשפטי הנדרש בהפעלה של סמכות שיפוט מכוח ATS, קבע בית המשפט העליון של ארצות־הברית כי התביעות צריכות להתבסס על נורמה בין־לאומית "ספציפית, אוניברסלית ומחייבת". Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692, 732 (2004) LEHRENBACH, TORT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS ABUSES (2008).

20 Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980). בפסק דין פילארטיגה קבע בית המשפט כי ATS מקנה לו סמכות שיפוט לדון בתביעה של משפחה מפרגוואי נגד שוטר מפרגוואי בגין עינויים למוות של בן המשפחה בפרגוואי, מכוח האוניברסליות של איסור עינויים במשפט הבין־לאומי.

21 לתיאור כללי ראו 114 HARV. L. REV. 1943, 2025 (2001). למעשה, בהתדיינות המהותית הראשונה בעקבות פסיקת פילארטיגה הצליחה תביעה קבוצתית נגד עזבונו של שליט הפיליפינים לשעבר פרדיננד מרקוס לקבוע

תביעות ההשבה בגין השואה נוסחו בדרכים מדרכים שונות במטרה להבטיח את סמכות השיפוט של בתי המשפט האמריקניים. ATS²² סיפק השראה והשפיע על הצדדים בתביעות ההשבה, שכן הוא סימן את הנכונות של בתי המשפט האמריקניים לדון בתביעות שהתבססו על הפרות חמורות של זכויות אדם שהתחוללו מחוץ לתחום שיפוטם הטריטוריאלי.²³ מאחר שהתביעות נגמרו בפשרה, אי-אפשר לדעת עד כמה מרכזי היה התפקיד שמילא ATS בתביעות ההשבה. את ההחלה של סמכות השיפוט האוניברסלית בבתי משפט אמריקניים אפשר להבין גם על רקע התפתחויות שהתחוללו במשפט הפיליפי הבינ-לאומי, בעיקר התגברות הדרישה להקניית סמכות שיפוט פלילית אוניברסלית לבתי משפט מדינתיים.²⁴ מאפיין ייחודי שני וחשוב להבנת ההפניה של תביעות ההשבה לבתי משפט אמריקניים הוא זמינותו של מכשיר התביעה הקבוצתית במערכת המשפט האמריקנית. תביעות קבוצתיות עוקפות את הצורך בתביעות אישיות; הן מבוססות על צירוף אינטרסים ומדרכנות פרקליטים

את אחריותו לפשעים שבוצעו תחת שלטונו. לפי שטיינהרדט אפשר לראות בפסק הדין את "מורשתם האזרחית של [משפטי] גירנברג". ראו Ralph G. Steinhardt, *Fulfilling the Promise of Filartiga: Litigating Human Rights Claims Against the Estate of Ferdinand Marcos*, 20 YALE J. INT'L L. 65, 98-9 (1995); Hilao v. Estate of Marcos, 103 F.3d 767, 776-778 (9th Cir. 1996) מאז סוף שנות התשעים אפשרו בתי משפט פדרליים להגיש תביעות ATS נגד תאגידים, אך הצלחתן של התביעות הייתה מוגבלת. ראו Beth Stephens, *Judicial Deference and the Unreasonable Views of the Bush Administration*, 33 BROOK. J. INT'L L. 773, 815-6 (2008). חבות תאגידית מתוקף ATS נעשתה פחות ופחות וראית עם הפסיקה במשפט *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 2010 U.S. App. (2d Cir.) Sept. 17, 2010) (להלן: עניין קיובל). בית המשפט העליון של ארצות-הברית עתיד להכריע בעניין כחודשים הקרובים. Docket 10-1491, Cert. granted November 17, 2011, Keitner, לעיל ה"ש 6. עד כמה שתביעות ההשבה הן חלק מההתפתחות הכללית של תביעה קבוצתית נגד תאגידים בין-לאומיים, ברור שהפסיקה בעניין קיובל מסכנת את האפשרות שתביעות ההשבה תשמנה מודל להתדיינות עתידית. עם זאת יש להרגיש כי תביעות ההשבה לא קנו את סמכותן רק מכוח ATS. יתרה מזו: המאמר מציע נקודת מבט נורמטיבית עקרונית הקוראת להכיר בצורך לפתח תביעה קבוצתית נגד תאגידים בשל הפרת זכויות אדם בין במסלול אמריקני, בין כמודל חיקתי למדינות אחרות ובין במסגרת מוסדות המשפט הבינ-לאומי.

22 במקרים מסוימים נקבו בשמותיהם של אזרחים אמריקנים כתובעים. Burt Neuborne, *Preliminary Reflections On Aspects Of Holocaust-Era Litigation In American Courts*, 80 WASH. U. L. REV. 795, 795-834 (2002) במקרים אחרים סמכו התובעים על ATS כמצדיק את החלטתם כזרים להגיש את תביעותיהם בפורום זה של בתי המשפט האמריקניים. לרשימה של תיקים העוסקים בתקופת השואה ונטען בהם לסמכות שיפוט בהסתמך על ATS ראו Stephens לעיל ה"ש 21, בעמ' 815-816.

23 Morris Ratner & Caryn Becker, *The Legacy of Holocaust Class Action Suits: Have They Broken Ground for Other Cases of Historical Wrongs?* in HOLOCAUST RESTITUTION לעיל ה"ש 8, 345.

24 Arthur Butler, *The Growing Support for Universal Jurisdiction in National Legislation*, in UNIVERSAL JURISDICTION: NATIONAL COURTS AND THE PROSECUTION OF SERIOUS CRIMES 67 (Stephen Macedo ed., 2004).

פרטיים להקדיש את הזמן והמאמצים הנחוצים כדי להתמודד עם יריבים רכי-עצמה – בשל מנגנון תשלום לפי אחוזים מסכום הפשרה (contingency fee). יתרה מזו: הפוטנציאל של תביעה קבוצתית – לאזן בין כוחם של יחידים לכוחם של תאגידים בשל יתרונות הגודל נובע-מכללי סדר הדין האזרחי של בתי המשפט הפדרליים המקלים על התובע. כך, למשל, כלל הגילוי בטרם משפט (pretrial discovery), המאפשר לצדדים לקבל זה מזה מגוון רחב של מידע רלוונטי לטענותיהם לאחר הגשת התביעה, הוא כלל ייחודי למשפט האמריקני.²⁵ הגילוי הרחב מאפשר לתובעים להגיש תביעות לפני שיש בידיהם הוכחות רבות וכלי להתחייב מראש לגרסה מסוימת של העובדות. האפשרות להשתמש במנגנון הגילוי היא מכריעה בתביעות נגד תאגידי ענק שקשה לקבל מהם מידע בדרך אחרת; יתר על כן: תביעות קבוצתיות ממנפות ביתר יעילות עדויות משום שהן יכולות להתמקד בעדויות העוסקות בדפוסים ובפרקטיקות ולא דווקא בהוכחת זיקה קונקרטיית בין כל תובע קרוב לנתבע.²⁶ באופן כללי אפשר לומר שהתביעה הקבוצתית יוצרת שדה משפטי שוויוני יותר בין קבוצות נפגעים לבין תאגידי ענק.

הפנייה לערוץ האזרחי אפשרה להסתמך גם על דוקטרינות של המשפט הפרטי. כך, בצד העילות שנבעו מהמשפט הבין-לאומי,²⁷ נשענו התביעות על דיני ההשבה ועשיית עושר. העלאת טיעונים בדבר עשיית עושר ולא במשפט אפשרה להתגבר על כמה מגבלות שאפיינו את הדין בשואה במסגרת המשפט הפלילי: עילות אלה מאפשרות לזנוח את ההתמקדות

Oscar G. Chase, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, 50 Am. J. Comp. L. 277, 292 (2002); Robert M. Cover, Owen M. Fiss & Judith Resnik, *Procedure* 826-30 (1988).

Robert A. Swift, *Holocaust Litigation and Human Rights Jurisprudence*, in 50, בעמ' 52.

התובעים טענו שהבנקים השוויצרים סייעו לנאצים ברצח עם ופשעים נגד האנושות במתן מימון לרייך השלישי וטיפולם ברכוש שנגנב על ידי הנאצים. כמו כן, הם טענו כי החברות הגרמניות, בכך שהשתמשו בעובדי כפייה, הפרו את האיסור על עבדות מכוח המשפט הבין-לאומי. ראו Burt Neuborne, *Transnational Holocaust-Related Litigation in United States Courts* The Swiss Bank and German Slave Labor Cases (unpublished manuscript) (on file with author).

דיני עשיית עושר עוסקים בקבוצה של סעדים שונים אשר יש להם תפקיד אחד משותף, והוא לשלול מהנתבע רווח להבדיל מלפצות תובע על אוכך או נזק. Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* 3 (2nd ed., 2006). מייקל תאר אלן מבחין בין שלושה סוגים של תביעות השבה, שבמקרים רבים משתלבים זה בזה: quantum meruit (תביעות בגין שכר שלא שולם); התעשרות ולא במשפט; והתעשרות שלא כדין. תביעות בגין התעשרות ולא במשפט הן תביעות להשבת כספים ששולמו בטעות. הסעד הוא ערך השוק ההוגן של הרווח שהופק, התעשרות שלא כדין, לעומת זאת, נובעת מעוול ולא מטעות. במקרה האחרון, החוק מבטא את מורת רוחו באמצעות האפשרות שהוא מעניק לתובע לקבל רווחים שהופקו מן העבודה אם הם גבוהים מן הערך ההוגן של ההטבה. מבין שלוש הקטגוריות הללו של תביעות השבה, רק תביעות בגין התעשרות שלא כדין, שבהן תובע בעל הדין חלק מן הרווחים מרמזות במובלע על התעשרות הלכה למעשה של הנתבע. תביעות ההשבה עוגנו בעקרון ה-quantum meruit ועקרון ההתעשרות שלא כדין. ראו Michael Thad Allen, לעיל ה"ש 2.

ביסוד הנפשי הסובייקטיבי של המעוולים ולהתמקד במצב עובדתי אובייקטיבי של אי-השבת רכוש או אי-השבת כספים. כמו כן, דיני ההשבה אינם מוגבלים לקשר בין המעוול לניזוק ספציפי וכך הם מאפשרים לקרבנות, ואף ליורשיהם,²⁹ להפנות תביעות השבה לא רק כלפי המעוולים הראשיים אלא גם כלפי שותפיהם המשניים, למשל: בנקים שניהלו עסקים עם הפושעים או חברות שהשתתפו בתכניות שהעסיקו עובדי כפייה. דיני עשיית עושר גם סייעו להתגבר על חוקי ההתיישנות בתביעות שהוגשו חמישים שנה לאחר השואה:³⁰ במקרה השוויצרי, הדגש על 'עשיית עושר' עזר להסיט את תשומת הלב מעוולות העבר ולמקד אותה בהחזקה בהווה של כספים ורכוש שהושגו שלא כחוק. הגם שכמה פרשנים ביקרו קשות את ההסטה הזו³¹ – מאחר שמדובר בעוולה נמשכת או מתחדשת כל עוד הנתבעים תורמים באופן אקטיבי להסתרת החבות – היא עשויה לסייע להתגבר על חוקי התיישנות.

3. ביקורת

המערכה להשגת פיצוי כספי והתביעות הקבוצתיות שהיו לכלי העיקרי שלה נתקלו בביקורת קשה. משפטנים אירופיים, במיוחד כאלה שאינם מורגלים בפרקטיקת התביעות הקבוצתיות ובשיטת המשפט האמריקנית, מתחו ביקורת על הפרוצדורה המשפטית שהפעילו בתי המשפט בארצות-הברית. תהליך המשא ומתן שהתנהל בעידוד בית המשפט והפשרות הכספיות שבאו בעקבותיו נראו לאירופים רבים כסילוף של רעיון שלטון החוק, הדורש הוכחת אשם אינדיבידואלי.³² נושא נוסף שעורר דאגה בעבר בהקשר של שילומים לקרבנות שואה,

29 מאמץ מתמשך (ופחות מוצלח) מעין זה מייצגת ההתדיינות נגד בנק הוותיקן והמסדר הפרנציסקני, על חלקם ברכישת רכוש שבזז משטר האוסטשה ביוגוסלביה לשעבר. בעוד שהתיק נגד הוותיקן נדחה בסופו של דבר מטעמי חסינות ריבונית, פסיקה קודמת קבעה כי הוותיקן אינו יכול להשתמש בדוקטרינת השאלה הפוליטית כדי להתגונן מפני התביעות. ראו *Alperin v. Vatican*, *Bank et al.*, 410 F.3d 532 (9th Cir. 2005).

30 בצד סילוק של כמה מחסומים פוליטיים ומשפטיים שהעניקו חסינות לתעשייה הגרמנית מפני תביעות השבה, אחרי האיחוד מחדש של גרמניה פסק בית המשפט הגרמני לענייני חוקה בפרשת קרקאואר כי הסכם החובות שנחתם בלונדון בשנת 1953 (שלפיו תביעות נגד התעשייה הגרמנית מושעות עד לחתימה על הסכם השלום הסופי) לא מגן עוד על חברות גרמניות. *Burt Neuborne, A Tale of Two Cities: Administrating the Holocaust Settlements in Brooklyn and Berlin*, in *HOLOCAUST RESTITUTION*, לעיל ה"ש 8, 60, בעמ' 75-76.

31 ראו לדוגמה את ביקורתו הנחרצת של אנתוני סבוק (Sebok, לעיל ה"ש 2). להגנה על תביעות ההשבה ועל איוניהן האינהרנטיים ראו *HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION* (2004) 254-59.

32 אל מול הקמפיין הציבורי הרועש שסבב את התביעות והרטוריקה התוקפנית שבה השתמשו עורכי-הדין של התובעים סברו המבקרים כי הלחץ הפוליטי (ולא כובד הטענות המשפטיות) הוא שהביא תאגידים להתפשר. ראו Samuel P. Baumgartner, *Human Rights and Civil Litigation in United States Courts: The Holocaust Era Cases*, 80 WASH. U. L. REV. 835, 841 (2002); Samuel P. Baumgartner, *Class Actions and Group Litigation in Switzerland*, 27 NW. J. INT'L L. & BUS. 301, 316 (2007). ראו גם MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 25; Goschler, לעיל ה"ש 11, בעמ' 401. יש לציין כי הביקורת של כותבים האמונים על

ועלה מחדש בקשר לתביעות ההשבה, היה החשש שהדגשת הפיצוי הכספי יחזק דימויים אנטישמיים של היהודי כרוֹדף בצע.³³

את אחת הביקורות הנוקבות ביותר על תביעות ההשבה מתח היסטוריון השואה מייקל מארוס. הוא חילק את ביקורתו לשתיים: ראשית, עצם המושג 'עשיית עושר ולא במשפט' חוטא לאמת שכן לאמתו של דבר תאגידים רבים לא התעשרו כתוצאה מפעילותם בתקופת השואה;³⁴ שנית, ומהותית יותר, ההתמקדות של תביעות ההשבה ברווחים כספיים מסיטה את תשומת הלב מהפשעים החמורים ביותר שהתבצע במלחמת העולם השנייה – הרצח ההמוני, הג'נוסייד והאידיאולוגיה האנטישמית – לעברות גנבה וכיזה ומניעים כלכליים ולא אידיאולוגיים. התמקדות זו כמוה כסילוף ההיסטוריה ועל כן טען מארוס כי 'המשפט' שוגה בהבנת ההיסטוריה.³⁵

בהמשך המאמר אציע מענה לביקורת על עצם שימוש במנגנון התביעה האזרחית; בשלב זה אציין כי ביקורתו של מארוס על אי-התאמתה העקרונית של דוקטרינת עשיית עושר, ככל שהיא מוצדקת, מוצדקת רק לגבי כמה מטעוניהם של תובעי ההשבה אך לא לגבי כולם. למעשה, רק סוג אחד של תביעות בגין 'התעשרות ולא במשפט' דורש הוכחה לכך שעושרו של הנתבע אכן גדל כתוצאה ממעשים כאלה.³⁶ תביעות בגין אי-תשלום שכר ובגין חשבונות בנק שלא נפרעו והריבית שנצברה בהם אינם נדרשים לעמוד בתנאי זה. על כן, הביקורת המתנייחת להיעדר רווחים בפועל של התאגידים מקורה בטעות בהבנת המשפט. כאמור, הביקורת המטרידה יותר עוסקת בהשלכות של העברת הדיון לשאלת הפיצוי הכספי בגין עברות פחותות בחומרתן כגון שוד, ביזה ואפילו ניצול עבודת כפייה – תוך הסחת הדעת מפשעים חמורים בהרבה של רצח המוני ושיטתי של מיליוני בני אדם וחסולם המוחלט של קהילות ותרבויות. בנקודה זו תהה מארוס אם אין לומר שהקדשת תשומת הלב לשוד 'מאפילה על הרצח'.³⁷ אשר לעיוות ההיסטוריה טען מארוס כי ההתמקדות חסרת הפרופורציה בקומץ תאגידים בין-לאומיים מצליחים בעלי 'כיס עמוק', וניסוח תביעות במסגרת דוקטרינות משפטיות (כגון 'האישיות המשפטית הנמשכת' של התאגיד) שסייעו

הדין האירופי היא כמובן רחבה יותר ומכוונת נגד פרקטיקות של המשפט האמריקני המיועדות לאזן בין הכוחות של תובעים לבין אלה של נתבעים מוסדיים (כגון מכשיר תביעה קבוצתית, חובות גילוי רחבות, שופט מתערב, הוכחה סטטיסטית ועוד). כמו כן ראוי להוסיף כי אפילו אלו שקיבלו עקרונית את מנגנון הפיצוי האזרחי הסתייגו מסגנון ההתדיינות התוקפני של הפרקליטים המעורבים בתביעות ההשבה. ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28-29.

33 אין פלא שמארוס ציטט את מנהל הליגה נגד השמצה כמי שחשש מפני הרושם שייווצר – שהיהודים מתו בגלל כסף. ראו שם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 86. החשש עולה בקנה אחד עם תדמיתו של הפרקליט היהודי התוקפני הנושא ונותן על פשרה; ראו שם, בעמ' 28-30.

34 אין חולק שהתאגידים שנגרם הוגשו תביעות לא נבחרו בהתאם לאשמתם היחסית בניצול עובדים בתנאי כפייה או עבדות, אלא בהתאם למעמדם הפיננסי ולפעילותם הבין-לאומית. ההתמקדות בנאשמים בעלי כיס עמוק נחשבה, מבחינה זו, לבחירה שרירותית. ראו שם, בעמ' 90.

35 שם, בעמ' 103.

36 VIRGO, לעיל ה"ש 28 והטקסט הנלווה.

37 שם, בעמ' 87.

להביאם למשפט, הובילו לאי-הבנה של סוגיות היסטוריות שנויות במחלוקת.³⁸ לפי השקפה זו, עצם ההתמקדות בתפקיד שמילאו התאגידים הפרטיים גורם לתביעות ההשבה להתעלם מחלקה המרכזי של המדינה ולגרוע מחשיבותו.³⁹ כמו כן, ההתמקדות בתאגידי ענק מתעלמת מחלקם של תאגידים ציבוריים כמו גם מחלקו של המגזר החקלאי ומזה של משקי הבית הקטנים, שאף הם ניצלו עובדי כפייה רבים. לבסוף הביקורת מופנית אל מכשירי הפשרה הכספית – מכשיר דומיננטי במשפט האזרחי. בעבר, כאשר פסקו בתי המשפט הפליליים לגופו של עניין, הרי אפילו כשעיוותו את ההבנה ההיסטורית עמדו לנגד עיניהם ה"צדק" או האחריות המשפטית; לעומת זאת, תביעות ההשבה הסתיימו כולן בפשרות כספיות ללא קביעת אחריות נורמטיבית על התאגיד והותירו תחושה לא נוחה שלפיה 'הכול נסב על כסף'.

ב. תביעות השבה במסגרת המשפט הטרנס-לאומי

אני סבורה כי חלק לא מבוטל מהביקורת שהוטחה בתביעות ההשבה נובע מתפיסה מוטעית של אופיין ושל יחסן למשפט הבין-לאומי הפלילי. שתי הנחות סמויות מזינות כמדומה את ההערכה השלילית של תביעות ההשבה: האחת נוגעת למשפט הפלילי והאחרת – להבנת הפן הציבורי של תביעות אזרחיות. ראשית, ההנחה היא שהמשפט הפלילי מציע את דרך המלך הראויה והעיקרית להתמודדות עם ההפרות החמורות של זכויות האדם שבוצעו בהקשר של השואה. כאשר עוסקים בפשע מסדר גודל של השואה, השימוש בדיני הנזיקין או ההשבה והניסיון להמציא תיקון לעוולות באמצעות המשפט הפרטי מחשידה אותן בטריביאליזציה של האירועים ובריודו של פשע נגד האנושות לכלל שאלה של רכוש ופיצוי כספי. ההנחה השנייה עניינה הבנה של התביעה הקבוצתית ככלי של המשפט הפרטי. גישה זו מניחה כי התביעות הקבוצתיות הן כלי ליישוב סכסוכים פרטיים להבדיל מכלי של המשפט הציבורי שעניינו קידום של שלטון החוק. בחלק זה של המאמר אפנה לבחינה ביקורתית של שתי ההנחות בעזרת ניתוח היסטורי הממקם את תביעות ההשבה בצומת של שתי מורשות

38 שם, בעמ' 103-107. המאמצים של תאגידים אירופיים לחדור לשוק האמריקני הפכו אותם לנתבעים מועדפים ללא קשר לאשמתם היחסית. הדבר הוביל לפסיחה על תאגידים ציבוריים, על תאגידים שהיו בבעלות SS ופורקו ועל יצרנים קטנים אחרים, איכרים ומשקי בית, אף על פי שבמלחמת העולם השנייה גם הם הרבו להשתמש בעובדים בתנאי עבדות.

39 מארוס ציטט בעניין זה את ההיסטוריון הייז, שכתב: "דווקא מאחר שמערכת העבודה בתנאי עבדות צמחה ממערבולת של כוחות מקרו-פוליטיים ולא מכוחות מיקרו-כלכליים, מגדיר המשפט הבין-לאומי בעקביות את המדינה הגרמנית ומכאן את אזרחיה באופן קולקטיבי כצד העיקרי האחראי להשיב על תביעותיהם של אנשים שנוצלו תחת הנאציזם" (התרגום שלי; ל' ב'). ראו שם, בעמ' 103. חשוב לציין כי מחלוקת מתמשכת מתנהלת סביב שאלה זו עצמה: כיצד לחלק את האחריות להעסקה של עובדי כפייה בין המדינה לתאגידים פרטיים. להשקפה שלפיה המדינה הנאצית הותירה חופש פעולה זעום למפעלים פרטיים ראו Hayes, לעיל ה"ש 7, בעמ' 29, 51; לרעה ההפוכה ראו Christoph Buchheim & Jonas Scherner, *Corporate Freedom of Action in Nazi Germany: A response to Peter Hayes*, 45 Bulletin of the German Historical Institute 43 (2009), available at http://www.ghi-dc.org/files/publications/bulletin/bu045/bu45_043.pdf

משפטיות: המשפט הבין-לאומי הפלילי והתביעות הקבוצתיות להגנה על זכויות האזרח, שהובילו לביטול ההפרדה הגזעית החוקית בכל רחבי ארצות-הברית. לטענתי, יש עניין משותף בבסיסים של שני גופי משפט אלה, והוא ניסיון שיטתי להתגבר על מקורות מבניים של חסינות מאחריות משפטית להפרה של זכויות אדם.⁴⁰ שני ענפי משפט אלו, הפלילי והאזרחי, התפתחו בנפרד עד אמצע שנות התשעים. למעשה, דומה כי גישות שונות מאוד זו מזו הנחו אותם בהתמודדותם עם ההיבטים הארגוניים והביורוקרטיים הכרוכים בהפרות של זכויות אדם. המשפט הבין-לאומי הפלילי פיתח כלים להרמת מסך הריבונות המדינתית, במטרה לייחס אחריות ליחידים, ואילו התביעה הקבוצתית האמריקנית בגין הפרות של זכויות אזרח חתרה להשית רפורמה מבנית בארגונים שהיו מעורבים בהפרות חמורות של זכויות אדם תוך ויתור על ייחוס אשמה אישית. מבט מעמיק מגלה כי בשני המקרים מדובר היה בשימוש במשפט לשם קידום מטרה ציבורית של הסרת חסינות נמשכת של גופים ביורוקרטיים להפרות של זכויות אדם בסיסיות. על כן ראוי אפוא שנבין את תביעות ההשבה כניסיון חדשני לאחד את שני ענפי המשפט הללו במטרה לבסס את האחריות של תאגידים אירופיים בגין שותפותם להפרות חמורות של זכויות אדם בתקופת השואה.⁴¹ כדי לחשוף

40 לניתוח ההבנה המשתנה של המטרות הציבוריות של ההתדיינות האזרחית ראו Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV 1281 (1976); Owen Fiss, *The Supreme Court 1978; Term- Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1979) David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619 (1995). מבחינה היסטורית, שני המסלולים – משפט בין-לאומי פלילי ותביעה קבוצתית בגין הפרה של זכויות אזרח – הצטלבו בשלב מוקדם, בניסיון של NAACP (האגודה הלאומית לקידום השחורים) להגיש תביעה נגד ממשלת ארצות-הברית בגין רצח עם לכאורה שביצעה בשחורים בניגוד לאמנה למניעת פשעי רצח עם ולהענשת מצעיו. כישלון הפורום הבין-לאומי הוביל להתרכזות במסלול המדינתי של תביעות קבוצתיות אזרחיות ככלי העיקרי לרפורמה חברתית בשנות השישים והשבעים. כך כתב קו: "המופע הראשון של תביעות טרנס-לאומיות מודרניות נבע אפוא מאותו מאבק חברתי שהוליד את מקבילו המקומי (האמריקני). באוקטובר 1947 הגיש NAACP עתירה שלא עלתה יפה לארגון האומות המאוחדות במחאה על היחס אל שחורים אמריקנים; ארבע שנים לאחר מכן הגיש הקונגרס לזכויות אזרח, אף הוא בחוסר הצלחה, עתירה שייחסה לממשלת ארצות-הברית רצח עם בשחורים תוך כדי הפרת האמנה נגד רצח עם. בזמן שהעתירות המתינו לבירורן, הגישה קבוצה אמריקנית לקידום חירויות אזרחיות תביעות הן לבית משפט מדינתי והן לבית משפט פדרלי, בצטטה סעיפים ממגילת האומות המאוחדות ומן ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, במטרה לערער על הפליה גזעית כחינוך, באמצעי תעבורה, בתעסוקה, בדיוור ובבעלות קרקעית" (התרגום שלי; ל' ב'). ראו Harold H. Koh, *Transnational Public Law Litigation*, 100 YALE L.J. 2347, 2360 (1991) על הנושא באופן כללי, ראו Bert Lockwood, Jr., *The United Nations Charter and United States Civil Rights Litigation: 1945-1955*, 69 IOWA L. REV. 901 (1984).

41 בספרם INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LITIGATION IN U.S. COURTS ציינו סטיבנס וכותבים אחרים כמה תביעות בין-לאומיות של זכויות אדם שבהן הכיר בית המשפט בקבוצה (BETH STEPHENS ET AL., INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LITIGATION IN U.S. COURTS (2nd ed., 2008)). כותבים אלה הכירו בפוטנציאל של התביעה הקבוצתית לספק פיצוי לקבוצה גדולה של קרבנות וביכולתה לקדם את המטרות הרחבות יותר של ליטיגציית זכויות אדם (שם, בעמ' 275).

את קווי הדימיון בין שני הענפים אציע ניתוח מבני של כל אחד מהם; לאחר מכן אסרטט את הדרך שבה שאבו תביעות ההשבה מכל אחד מענפי המשפט הללו וביקשו לאחדם כדי להתגבר על המכשלות שיצר כל אחד מהם בנפרד ביחס לאחריות התאגיד. לטענתי, בעשותן כן יצרו תביעות ההשבה כלי משפטי חדש המשלב בין דוקטרינות ועקרונות שפיתחה תורת המשפט הפלילי הבינ-לאומי לבין הכלי הפרוצדורלי רב-העוצמה של התביעה הקבוצתית האמריקנית, שתכליתה להתמודד עם האחריות של ארגונים ביוקורטיים להפרות של זכויות אדם. תביעות ההשבה יצרו צורת כלאיים משפטית (בין משפט בין-לאומי ללאומי, בין משפט פלילי לאזרחי ובין אחריות היחיד לאחריות המדינה) המסוגלת לטפל בלאקונה משפטית לגבי-אחריותם של תאגידים עסקיים להפרות חמורות של זכויות אדם. המאפיינים הייחודיים של תביעות ההשבה כמו גם הוואריציות שנוצרו בין תביעות הבנקים השוויצרים לתביעות התאגידים הגרמניים יידונו במאמר עתידי;⁴² מאמר זה מתמקד בסרטוט המסגרת הנורמטיבית והתאורטית להבנת החידוש שמציעות תביעות ההשבה.

1. המשפט הפלילי הבינ-לאומי

ההתמודדות המשפטית המתמשכת עם משטרים פושעים מאז תום מלחמת העולם השנייה הובילה לתמורות משפטיות קיצוניות. שינויים אלה הבשילו לכלל גוף הלכות חדש של משפט פלילי בין-לאומי הנדרש לפשעים הנתעבים ביותר, או למה שכינה המשפטן לורנס דאגלס "jurisprudence of atrocity" (תורת משפט של הזוועות).⁴³ שני העשורים האחרונים חזו בהתפתחותו של גוף ידע המנתח את השינויים העיקריים שהתחוללו במשפט הפלילי הבינ-לאומי כתוצאה ממעורבותו המתמשכת בהתמודדות המשפטית עם השואה ועם מעשי זוועה מאוחרים יותר. תהיה זו טעות להבין את השינויים כאקראיים, בבחינת תיקונים נקודתיים שנועדו להתגבר על מכשלות משפטיות מסוימות: עלינו לראותם יחד כגוף הלכות העולה לכלל שינוי פרדיגמה באופן שבו אנו מבינים את מהותו והליכיו של המשפט הפלילי.⁴⁴ לפי דאגלס:

239). עם זאת, הם גם ציינו את המורכבויות המשפטיות והלוגיסטיות הנלוות לתביעה מסוג זה, את בעיות הייצוג ואת אבדן הסיפור האינדיבידואלי לטובת תוצאה הנראית מרוחקת מכדי למשוך את תשומת הלב הציבורית (שם, בעמ' 239-241). ראו גם HOLOCAUST RESTITUTION, לעיל ה"ש 8, בעמ' xii-xiii. בנוגע להופעה של ליטיגציה היברידית של זכויות אדם ונוזקין, המשלבת חוק בין-לאומי עם חוק פרוצדורלי אמריקני של תביעות קבוצתיות; ראו Kathryn L. Boyd, *Collective Rights Adjudication in U.S. Courts: Enforcing Human Rights at the Corporate Level*, 1999 BYU. L. REV 1139; Margaret G. Perl, *Not Just Another Mass Tort: Using Class Actions to Redress International Human Rights Violations*, 88 GEO. L.J. 773 (2000); Van Schaack, *Unfulfilled Promise: The Human Rights Class Action*, 2003 U. CHI. LEGAL F. 279.

Leora Bilsky and Natalie R. Davidson, *A Process-Oriented Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations*, 4 TRANSNATIONAL LEGAL THEORY 1 (2013) 42

לורנס דאגלס "פשעי זוועה, סוגיית הענישה ומקומו של המשפט" תיאוריה וביקורת 40-261241 (2012) (להלן: "פשעי זוועה"). 43

שם. 44

העיסוק בזוועות הנאצים שינה את המשפט באופן מהותי על ידי שיצר את הצורך הרוחני, גם בהיעדרו של מנגנון תיאורטי, לחדור מבעד למסך הריבונות. כיום אנו מקבלים בלא עוררין את הרעיון כי על שחקנים מדינתיים האחראים לפשעי זוועה לספק תשובות בנוגע לדרך התנהלותם בבתי דין פליליים, מדינתיים, בינלאומיים, או בעלי אופי משולב. אך אנו עלולים לשכוח עד כמה רדיקלי היה רעיון זה טרם משפטי נירנברג.⁴⁵

כדי להגיע למצב זה נדרש המשפט לשנות את הנחות היסוד שלו. המשפט הפלילי המסורתי רואה התנהגות פלילית כהתנהגות "סוטה" של היחיד בניגוד לנורמות המשפטיות של הקהילה הפוליטית. במודל זה, הנאשם הוא ברגיל אדם יחיד והמדינה מתערבת כמאשימה וכאוכפת של הנורמות הקהילתיות שחוללו ומגנה עליהן. תורת המשפט של הזוועות יוצאת מההנחה המנוגדת, שעל פיה המדינה אינה מקור החוקיות אלא מקור אי-החוקיות⁴⁶ והפושע אינו פועל בניגוד לחוק המדינתי אלא מגשים אותו. כדי להתמודד עם מעשה פשע מעין זה יש להרים את מסך הריבונות המדינתית. התפנית המושגית הזאת אפשרה להטיל אחריות אישית על פקידי מדינה ולהכיר במרכזיות של פשעים חדשים דוגמת פשעים נגד האנושות ורצח עם הנעשים בחסותם של משטרים פושעים.

ברם, כדי שפשעים טרנס-לאומיים אלה ייהפכו שפיטים נדרש המשפט הבין-לאומי לעבור שינוי קיצוני. התמודדות עם הפשעים החדשים (פשעים נגד האנושות ורצח עם) דורשת התגברות על מגבלות פרוצדורליות של מרחב וזמן שבבסיס המשפט הפלילי המסורתי ואכן, בהדרגה בוטלה מגבלת ההתיישנות על פשעים נגד האנושות⁴⁷ ובעשור האחרון גם הוכרה בהדרגה סמכות שיפוט אוניברסלית של בתי משפט מדינתיים בגין פשעים כאלה.⁴⁸ למעשה, שינויים פרוצדורליים אלה נדרשו בהיעדר מערכת משפט בין-לאומית אפקטיבית. עוד נדרש שינוי בהליך הפלילי, שעד אז התמקד בעיקר בדאגה לזכויות הנאשם; עתה המשפט הבין-לאומי הפלילי מעמיד במרכזו, לצד זכויות הנאשם, את ההגנה על זכויות הקרבנות.⁴⁹ העברת הדגש מהנאשם לקרבן מתחווה אם מבינים כי הנאשמים הם בדרך כלל פקידי

45 שם, עמ' 242.

46 ראו חנה ארנדט אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע 272-273 (אריה אוריאל מתרגם, 2000).

47 בעקבות הכנס מ-1968 על אי-ישימותן של מגבלות התיישנות הסכימה הקהילייה המשפטית הבין-לאומית כי אין להחיל תקופת התיישנות על פשעים על-לאומיים דוגמת פשעים נגד האנושות ורצח עם. ראו "פשעי זוועה", לעיל ה"ש 43, עמ' 247-248.

48 ההכרה הראשונה בעקרון "סמכות השיפוט האוניברסלית" (היינו: סמכות בלעדית מאופי הפשע) התנסחה במשפט אייכמן, ת"פ (י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן, כ"ז 126 פסקאות 10-51 (1961). לדיון מפורט יותר ראו Leora Bilsky, *The Eichmann Trial and the Legacy of Jurisdiction, in POLITICS IN DARK TIMES: ENCOUNTERS WITH HANNA ARENDT* (Seyla Benhabib, Roy. T. Tsao & Peter Verovsek eds., 2010).

49 "מדובר בזכויות מקיפות: מהגנה על אינטרס הקורבנות לספר את סיפורם בבית המשפט, דרך הגמשת הנורמות שבדרך כלל מגנות על זכותו של הנאשם להתעמת עם המתלונן, ועד הכרה בזכותם של גורמים אזרחיים לייצג קבוצות של קורבנות במשפט". "פשעי זוועה", לעיל ה"ש 249, עמ' 249.

מדינה שפעלו בשמם ובחסותם של משטרים פושעים ולא יחידים פורעי חוק שהפרוצדורה הרגילה של ההליך הפלילי נועדה להגן עליהם מפני כוח הכפייה של המדינה. נוסף על כך החל המשפט הבין-לאומי הפלילי להכיר בהדרגה בלגיטימיות של המטרה הדידקטית של המשפט בצד מטרות מסורתיות כגון גמול והרתעה. למעשה, מטרות המשפט הורחבו כדי לכלול-מטרות כגון הבהרת האמת ההיסטורית ובניית זיכרון קולקטיבי, בתקווה שבסופו של דבר יהא בכך להמציא תיקון להפרות הזכויות שחוו קבוצות וקהילות מסוימות.⁵⁰

בנקודה זו ראוי להדגיש כי ככל שעלתה קרנה של המטרה הדידקטית של המשפט הפלילי, הקשורה להבנת ההיסטוריה, התחדד המתח עם הרציונל המרכזי של המשפט הפלילי, היינו: עקרון האשמה האינדיבידואלית. החידוש במשפטי נירנברג היה הנכונות להכיר באחריות של פקידי ציבור ולכן גויס המשפט הפלילי; ואולם השימוש במשפט הפלילי לצורך דידקטי של בירור ההיסטוריה דרש למקם את היחיד בהקשר רחב יותר, לבחור נאשמים "יצוגיים" ולהרחיב את דיני השותפויות והקשר הפלילי כדי להתמודד עם המבנה הביורוקרטי של הפשע המאורגן והשלטוני. המשפט הפלילי הבין-לאומי שהתפתח לאחר נירנברג ביטל רבים מהחידושים שהתקרו להטלת אחריות קולקטיבית כגון דוקטרינת הקשר הפלילי או הטלת אחריות פלילית בגין חברות בארגון פושע.⁵¹ לדעת, המשך התעקשותו של המשפט הבין-לאומי על מרכזיותו של עקרון האשמה האינדיבידואלית, חרף כל השינויים החשובים שהתחוללו בנוף המשפטי, ניתנת להסבר כנובעת מהבחירה במשפט הפלילי ככלי המשפטי העיקרי להתמודדות עם פשעי הזוועות. אחריות אישית היא לב החבות הפלילית המתבססת על תפיסה מוצקה של חירות ואוטונומיה של הפרט, המצדיקה את הסנקציה החמורה של שלילת החירות.⁵² אולם, דרישה זו היא שפגעה ביכולתו של המשפט הפלילי להתמודד עם

50 MARK OSIEL, *MASS ATROCITY, COLLECTIVE MEMORY AND THE LAW* (1997); JUDITH SHKLAR, *LEGALISM: LAW, MORALS, AND POLITICAL TRIALS* (1964); Martti Koskeniemi, *Between Impunity and Show Trials*, 6 MAX PLANCK U.N.Y.B 1 (2002); Robert D. Sloane, *The Expressive Capacity of International Punishment: The Limits of the National Law Analogy and the Potential of International Criminal Law*, 43 STAN. J. INT'L L. 39 (2007))

39. ראוי לציין כי המשפט הפלילי המודרני חתר מסורתית לצמצום תפקידו הדידקטי, שכן תפקיד זה מציב אותו בקרבה מסוכנת ל"משפטי ראוה" ומעמיד אותו בסכנה של בגידה בערכי שלטון החוק בשם הפוליטיקה. בדיוק מסיבות אלה ביקרה ארנדט את התביעה הישראלית במשפט אייכמן. ראו ארנדט, לעיל ה"ש 46. באמצעות זיהוי של המאפיינים והמטרות הייחודיים של תורת משפט שעניינה מעשי זוועה צצה ועולה הצדקה חדשה לתפקיד הדידקטי של המשפט.

51 כתב הייסוד של בית הדין הצבאי הבין-לאומי בנירנברג יצר את הפשע החדש של חברות בארגון פלילי (סעיפים 9 ו-10) כגון SS, והתביעה האמריקנית בנירנברג הסתמכה על דוקטרינת קשירת הקשר, שמקורה בחקיקת ההגבלים העסקיים האמריקנית ונועדה להתמודד עם אופיים המאורגן של הפושעים. ראו Bush, לעיל ה"ש 5; Judging Bureaucracy, לעיל ה"ש 5, בעמ' 271-290.

52 להצהרה המשקפת כיבוד של עקרון האשמה האישית במשפט הפלילי הבין-לאומי ראו, לדוגמה, משפט טאדיץ', Appeals Judgement 186 (15 July 1999), Prosecutor v. Tadic, Case no. IT-1-A. בעניין זה קבע בית הדין הפלילי הבין-לאומי של יוגוסלביה לשעבר (ICTY) כי ההנחה הבסיסית חייבת להיות שבמשפט בין-לאומי – ממש כמו במערכות [משפטיות] לאומיות – יסוד האחריות הפלילית הוא האשמה האישית: איש לא יוחזק בגדר אחראי מבחינה פלילית

ההיבטים הקבוצתיים והארגון הביורוקרטי של הפשעים החדשים.⁵³ הקושי החמיר לגבי אחריות של תאגידים פרטיים שפעלו למטרות רווח ולא למטרות אידאולוגיות, בשונה מארגונים כגון ה.ס.ס. משפטנים נאבקים זה מכבר עם הקושי הזה; לטענתי, בפנייה למשפט האזרחי בשנות התשעים נמצאה להם דרך להתמודד עם המעורבות של תאגידים הפרטיים בפשעי השואה.

2. מתביעה פלילית לתביעה אזרחית

תורת המשפט של הזוועות הוסיפה חידושים ראויים לציין למרקם המשפט ולפרוצדורה הפלילית. הצבענו על חמשת הפרמטרים המאפיינים את תורת המשפט הזאת: ראשית, ההכרה בקיומם של פשעים טרנס־לאומיים כגון פשעים נגד האנושות ורצח עם, בצד הנכונות לחדור את שריון הריבונות של המדינה כדי להעמיד לדין בגינם; שנית, ביטול תקופת ההתיישנות של פשעים נגד האנושות; שלישית, התגברות על הגבלות מרחביות הנובעות מסמכות השיפוט הפלילית הטריטוריאלית והכרה גוברת בעיקרון של סמכות שיפוט אוניברסלית; רביעית, פיתוח הליך פלילי המעמיד במרכז את זכויות הקרבנות במטרה להקל על העמדה לדין של מי שפעל בשם משטר פושע; חמישית, אימוץ תפיסה רחבה של מטרות ההליך הפלילי, החורגת מבידור אשמה אינדיבידואלית ומבקשת להבהיר את ההיסטוריה ולהבנות זיכרון קולקטיבי.

כד בכד עם השינויים במשפט הפלילי החלה להתפתח בשלושת העשורים האחרונים בבתי המשפט האמריקניים אופציה אזרחית נגד תאגידים בין־לאומיים.⁵⁴ רוב הספרות העוסקת במשפט הבין־לאומי – מתעלמת מהתפתחות זו, מן הסתם בגלל אופייה האזרחי; עם זאת, בשנים האחרונות כמה מלומדים טוענים כי יש לראות בהתדיינות המבוססת על ATS גרסה או "תרגום" אמריקניים של עיקרון האחריות בגין הפרות של זכויות אדם הטבוע במשפט הבין־לאומי. ההעדפה האמריקנית הכללית של המשפט האזרחי והיתרונות של סדר הדין האזרחי בבתי המשפט הפדרליים מסבירה את הבחירה הראשונית בבתי המשפט האזרחיים ככלי מרכזי להתמודדות עם הפרות של זכויות אדם במשפט האמריקני.⁵⁵ מלומדים אלה מציעים לראות בהתדיינות המתבססת על ATS חלק מההתפתחות של ענף המשפט הטרנס־לאומי, המתאפיין ב"צירוף של עקרונות בדבר אחריות של הפרט ושל המדינה לצד

למעשים או לעסקאות שלא היה מעורב בהם אישית או שלא השתתף בהם בדרך אחרת (nulla poena sine culpa [אין עברה ללא אשמה]).

53 לביקורת מוקדמת של המגבלה המשפטית באשר לארגון ביורוקרטי ראו ארנדט, לעיל ה"ש Hannah Arendt, *Auschwitz on Trial*, in RESPONSIBILITY AND JUDGEMENT 227 (Jerome; 46 George Fletcher, *The Storrs*, Kohn ed., 2003). להערכה מהעת האחרונה של קושי זה ראו George Fletcher, *Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, 111 YALE L. (2002), 1514, 1499. J. במאמר זה כתב פלטשר כי "ההטיה הליברלית לעבר אחריות פלילית אישית מטשטשת אמיתות בסיסיות על הפשעים המכוננים עכשיו את ליבת המשפט הפלילי הבין־לאומי. ארבעת הפשעים שבסמכות שיפוטו של בית הדין הפלילי הבין־לאומי – תוקפנות, פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות ורצח עם – הם מעשים שמעצם טבעם מבוצעים על ידי [...] קבוצות" (התרגום שלי; ל' ב').

54 ראו לעיל ה"ש 19–24 והטקסט הנלווה.

55 ראו Koh, לעיל ה"ש 40, בעמ' 2372, כמצוטט אצל Stephens, לעיל ה"ש 21, בעמ' 36.

פרוצדורות משפטיות מוכרות ומטרה נורמטיבית – של קידום נורמות אוניברסליות של התנהגות בין-לאומית.⁵⁶ המודל של משפט טרנס-לאומי שפיתח הרולד קו [Harold Koh] מכיר בסמכותם של בתי משפט מדינתיים (אזרחיים ופליליים כאחד) לפעול כנאמנים של המשפט הבין-לאומי בכל הנוגע לקידום ולאכיפה של נורמות מהמשפט הטרנס-לאומי. תביעות טרנס-לאומיות הוגשו תחילה על ידי יחידים נגד יחידים, ורק מאוחר יותר החלו לתבוע גם תאגידים ולהיעזר במכשיר התביעה הקבוצתית.

בהקשר זה אני מציעה להבין את תביעות ההשבה כסוג של תביעה טרנס-לאומית השואבת מן המשפט הבין-לאומי אך נסמכת על מנגנונים של המשפט האזרחי האמריקני. תביעות ההשבה שייכות לעידן הגלובלי, שכן התובעים היו מפוזרים בכל רחבי העולם וביקשו להיעזר במנגנון התביעה הקבוצתית האמריקנית כדי להתגבר על חסיונות התאגידים. לשם כך הייתה נחוצה הכרה במעין סמכות שיפוט אוניברסלית לבית משפט אמריקני – ואת ההכרה הזו סיפקו דוקטרינות של המשפט הפרטי כמו גם החקיקה של ATS. גם אם לא כל תביעות ההשבה עיגנו את עצמן משפטית ב-ATS, התקדימים שנקבעו על פיו איששו את הלגיטימיות של התדיינות אזרחית בגין הפרות של זכויות אדם שהתבצעו בתקופת הרייך השלישי על אדמת אירופה.⁵⁷ אולם, בניגוד להתדיינות קודמת בגין הפרות זכויות אדם שהתבססה על ATS, קשה יותר לזהות את ההיבט המשפטי הבין-לאומי של ההתדיינות האזרחית בתביעות ההשבה, הואיל וכללי המשפט המהותי שעמדו במרכז הדיון בהן נגזרו מדוקטרינות המשפט הפרטי של דיני ההשבה (ולא של פשעים נגד האנושות או רצח עם, אף על פי שעילות אלו נכללו גם בכתב התביעה).⁵⁸ עניין זה, והעובדה שהתאגידים הנתבעים נכנסו או ניסו להיכנס לשוק האמריקני (מה שמנע את הצורך להישען במובהק על סמכות שיפוט אוניברסלית) תרמו מן הסתם לטשטוש ההכרה שמשפטי ההשבה הקשורים בשואה הם חלק בלתי-נפרד מהתפתחות המשפט הטרנס-לאומי. עם זאת, לדעתי, רק הכרה זו יכולה להסביר את נכונותם של בתי משפט אמריקניים לשמש פורום להתדיינות מסוג זה בצד התמיכה הציבורית הרחבה בהיבט המוסרי של התביעות, למרות חולשת הטעוניהם המשפטיים והעובדה שהנתבעות היו תאגידים אירופיים שנתבעו בגין מעשים שנעשו באירופה.⁵⁹

56 ראו Koh, לעיל ה"ש 40, בעמ' 2360.

57 ראו Michael J. Bazylar, *Holocaust Justice: The Battle for Restitution in America's Courts* 56 (2003). בזילר כתב שם כי "בזמן הגשת התביעות נגד הבנקים השוויצריים, שופטים אמריקניים [כבר] היו בקיאים בתביעות שהוצגו בפניהם נגד נתבעים זרים והיו כרוכות במעשים שהתבצעו על אדמה זרה; יתר על כן: הם הפגינו נכונות לקבוע כי סמכות השיפוט של בתי משפט אמריקניים חלה בתביעות כאלה אם המעשים היוו הפרות חמורות של חוק זכויות האדם ונעשו על ידי נתבעים זרים שנמצאו בארצות-הברית" (התרגום שלי; ל' ב'). ראו גם Detlev Vagts & Peter Murray, *Litigating the Nazi Labor Claims: The Path Not Taken*, 43 *HARV. L. REV.* 503, 514 (2002).

58 שם, בעמ' 513.

59 למעשה, כמה מלומדים ציינו את מעמדן המשפטי הרעוע של התביעות הללו והביעו את ספקותיהם באשר ליכולתן לשמש תקדימים בהתדיינות עתידית מטעמים אלה בדיוק. ראו Neuborne, לעיל ה"ש 30, בעמ' 60 ("מבחינה תאורטית, מודל ההתדיינות על תקופת השואה אמור לעבוד [...] אבל זה לא יקרה לעולם. תיקי השואה אינם כני שיגור משפטיים למאמצים

מגבלה נוספת שעליה נדרשו התובעים להתגבר הייתה מגבלת הזמן. כאמור, התאגידים נתבעו בגין מעשים שבוצעו לפני יותר מחמישים שנה. כפי שציינתי בחלק הראשון, העובדה שהנתבעים היו תאגידים בעלי אישיות משפטית נמשכת וההתמקדות בעילות של השבה יצרו גשר משפטי בזמן, שאפשר את קיומה של ההתדיינות. מכל מקום, פרקליטי הנתבעים טענו כי התביעות התיישנו.⁶⁰ בכמה מהתיקים – שבהם התקבלו הכרעות משפטיות לפני חתימת הפשרה – אמנם קבעו בתי המשפט כי החריגים לתקופת ההתיישנות חלים בעניינם;⁶¹ אולם במרבית התיקים סוכלה תחולת ההתיישנות באמצעות הפשרות שהושגו, דבר שמנע, בין היתר, את הצורך להגיע להכרעה לגופו של עניין בשאלה זו.⁶² למעשה, מייקל בזילר טען כי הפשרות שהושגו בתביעות הראשונות נגד הבנקים השוויצריים בגין אירועים שראשיתם בשנות השלושים והארבעים יצרו מעין תקדים שלאורו יושבו תביעות אחרות שהוגשו נגד נתבעים תאגידיים אחרים.⁶³ אני סבורה כי אילו ראו הצדדים לתביעות ההשבה בהתדיינות זו התדיינות אזרחית "רגילה", היו הנתבעים בטוחים יותר ביכולתם לחמוק מחבות באמצעות הסתמכות על חוקי ההתיישנות ולפיכך היו נכונים פחות להתפשר.⁶⁴ על כן, רק הבנה של תביעות ההשבה לאור ההתפתחויות שהתרחשו בו-זמנית במשפט הפלילי הבין-לאומי, והתגברו על מכשלות של מקום וזמן, עשויה להמציא לנו הסבר מניח את הדעת לנכונותם של בתי משפט אמריקניים לפתוח את שעריהם להתדיינות זו.

אחרים לתקן עוולות היסטוריות בדיוק משום שאין פלטפורמה משפטית שממנה אפשר לשגרם. האמת היא שבחריג החשוב של השופט קורמן ועמיתיו בבית המשפט הפדרלי של ברוקלין, פשרות השואה הושגו למרות השופטים האמריקנים ולא בזכותם" (התרגום שלי; ל' Ratner & Becker, לעיל ה"ש 23 (המחברים מסבירים במאמר כי גורמים לא-משפטיים רבים, שהפעילו לחץ על הנתבעים בהתדיינות השואה, לא היו קיימים בנסיגות מאוחרים יותר לרון בעוולות היסטוריות). ראו גם Paul Dubinsky, *Justice for the Collective: the Limits of the Human Rights Class Action*, 102 MICH. L. REV. 1152 (2004). יכולתן של תביעות ההשבה העוסקות בשואה לשמש מודל לפיצויים בגין עוולה קיבוצית היא מוגבלת ביותר).

60 ראו BAZYLER, לעיל ה"ש 57, בעמ' 27.

61 ראו Bodner v. Banque Parisbas, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000). תביעת ATS שהגישו צאצאים של קרבנות שואה נגד כמה בנקים צרפתיים, בגין שותפותם בהפקעת כספי הקרבנות שהופקדו בהם בשנות השלושים והארבעים. בית המשפט דחה את בקשת הנתבעים לביטול ההליכים – שהסתמכה, בין היתר, על חוק ההתיישנות – בטעם שניסיונות המקרה (הפרות של חוק בין-לאומי) משכנעות דיין כדי להצדיק חריגה מחוק ההתיישנות בהתבסס על עילת "ההפרה המתמשכת".

62 על חוק ההתיישנות ראו Vagts & Murray, לעיל ה"ש 57, בעמ' 514-517.

63 ראו BAZYLER, לעיל ה"ש 57.

64 לניתוח הסיבות שבעטיין לא שוחזרה ההצלחה של תביעות ההשבה המתייחסות לשואה בתביעות מאוחרות יותר, שעסקו בעוולות היסטוריות אחרות ראו Ratner & Becker, לעיל ה"ש 23; Neuborne, לעיל ה"ש 30, בעמ' 60 (כותבים אלה מייחסים את כישלון הניסיונות המאוחרים להישען על תקדים תביעות ההשבה לתפיסתן השגויה של התביעות הללו כתקדימים "משפטיים").

בצד סילוק מכשלות המקום והזמן אפשר למצוא הקבלה שלישית בין תורת המשפט של הזוועות לתביעות ההשבה בגין השואה הנוגעת למעמד הקרבן. כפי שראינו קודם, המשפט הפלילי הבין-לאומי הסיט את המוקד מזכויות הנאשם לעבר הכרה גוברת בזכויות הקרבן. גם תביעות ההשבה משנות את מאזן הכוחות בין קרבן למעוול ומחזקות את מעמד הקרבנות כתובעים בתביעות קבוצתיות. בעבר אמנם נעשו ניסיונות של יחידים להגיש לבתי משפט אירופיים תביעות אזרחיות נגד תאגידים עסקיים בגין מעורבותם בשואה, אולם תביעות אלה היו נדירות ונדחו ברובן בשל אי-השוויון הבסיסי בין תובע יחיד לנתבע תאגידי במשפט האירופי.⁶⁵ ניצולי שואה יחידים שתבעו סכומים קטנים יחסית נאלצו להתייצב מול תאגידי ענק שנהנו מייצוג משפטי משוכח ומייתרונות נוספים הנגזרים מממדיהם. רק בבתי משפט אמריקניים התאפשר לתובעים להסתייע במכשיר הפרוצדורלי האגרסיבי של התביעה הקבוצתית, שנועד מלכתחילה לאזן את יחס הכוחות בין היחיד התובע לארגון הנתבע. מכשיר התביעה הקבוצתית מאפשר לבתי משפט אמריקניים לצרף תביעות של קבוצות גדולות של אנשים וליישב את סכסוכיהם בהליך אחד – ואגב כך לאזן את יחסי הכוח במגרש המשחקים המשפטי בין תובעים לנתבעים. מאחר שהתביעות הקבוצתיות מעבירות את ההחלטה על פתיחת ההליך, כמו גם את ניהולו, לידי הקרבנות הפרטיים ונציגיהם, אפשר לראות בכך המשך למגמת החיזוק של זכויות הקרבן במשפט הבין-לאומי הפלילי. אולם, בעוד המשפט הפלילי עסק בעיקר בהגנה מוגברת על הקרבנות כדי לאפשר את העדתם, המשפט האזרחי חיזק את הקרבנות בדרך אחרת, על ידי יצירה של מנגנוני ייצוג שאפשרו לנציגי הקרבנות יותר שליטה בהליך ובמיוחד בהליכי אישור הפשרה.⁶⁶

65 ראו BENJAMIN B. FERENCZ, LESS THAN SLAVES: JEWISH FORCED LABOR AND THE QUEST FOR COMPENSATION (2002). בספרו, תיאר פרנץ כיצד לא השכילה חקיקת הפיצויים הגרמנית להתמודד עם עבודת אסירים בשירות חברות פרטיות והסביר מדוע קומץ התביעות שהוגשו נגד חברות תעשייתיות גדולות הניבו פשרות חסרות ערך (שם, בעמ' 34–67). בדומה, בקשות של ניצולי שואה ויורשיהם לקבל גישה לחשבונות בנק מהתקופה שקדמה למלחמה נדחו לעתים קרובות משום שלא ענו על דרישות הבנקים להציג מסמכים רלוונטיים ובעיקר תעודות פטירה. ראו EIZENSTAT, לעיל ה"ש 16, בעמ' 79; MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 11.

66 להרחבה ראו את Bilsky & Davidson, לעיל ה"ש 42. את משמעות השינוי אפשר לזהות בעניין Bodner v. Banque Parisbas, לעיל ה"ש 61, שם דחה בית המשפט את הבקשה למחיקת הליכים של תביעת ATS בטענת פורום לא נאות (forum non conveniens). את התביעה הגישו צאצאים של קרבנות שואה נגד כמה בנקים צרפתיים בגין שותפותם בהחרמת כספים של הקרבנות שהופקדו בהם בשנות השלושים והארבעים. בית המשפט קבע כי מאחר שהנתבעים לא הוכיחו שקיים מנגנון מקביל של תביעה קבוצתית במסגרת המשפט הצרפתי, שיאפשר לתובעים פיצוי דומה או נאות, לא עלה בידיהם להציג פורום חלופי נאות. הגם שתביעות קבוצתיות אינן המקרה הרגיל של התדיינות טרנס-לאומית בחסות ATS בבתי משפט אמריקניים, הן ללא ספק ייחודיות למערכת המשפט האזרחי האמריקנית. כמה מדינות אימצו מנגנונים מוגבלים המאפשרים לארגונים מסוימים לייצג קבוצות גדולות של תובעים אולם הווריאציה האמריקנית נותרה יחידה במינה. ראו Thomas D. Rowe, Jr., *Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective: What Can We Learn from Each Other*, 11 DUKE J. COMP. & INT'L L. 157 (2001).

3. מודל התביעה הקבוצתית לרפורמה מבנית

בשלב זה כבר צריך להיות ברור כי הגם שתביעות ההשבה של שנות התשעים התנהלו בשדה המשפט האזרחי, הן אימצו יסודות מסוימים של המשפט הפלילי הבינ-לאומי של הזוועות שמאפייניו סורטטו לעיל. ברם, החידוש החשוב ביותר בתביעות אלה – הסתמכותן על הכלי הפרוצדורלי הייחודי של תביעה קבוצתית – נגזר מהמורשת האמריקנית של מאבק משפטי אזרחי נגד הפרות שיטתיות של זכויות אזרח. בחלק זה של המאמר אני מבקשת לטעון כי המודל החדש שפיתחו תביעות ההשבה שילב בתוכו היבטים מתביעות קבוצתיות המכונות – בספרות "התביעה לרפורמה המבנית"⁶⁷. מודל זה של התדיינות זונח את ההתמקדות המסורתית בשאלת האחריות האישית לטובת התמודדות עם תנאים חברתיים מפלים ועם הדרכים שבהן ארגונים ביורוקרטיים קובעים את התנאים הללו. הבנת תביעות ההשבה כפיתוח של תביעות לרפורמה מבנית כצורת התדיינות התפורה להתמודדות עם הקשיים הכרוכים בהעמדה לדין של ארגונים ביורוקרטיים גדולים עשויה להבהיר את הצלחתן להביא לשינוי תודעתי רחב ביחס למעורבות של תאגידים עסקיים בשואה. התביעה לרפורמה המבנית הציעה כלים משפטיים לבחון את השימוש בעובדי כפיה ובעבדים על ידי תאגידים פרטיים שבעשרות השנים הקודמות נהנו מחסינות מפני אחריות משפטית.⁶⁸ על כן אני טוענת כי בעוד תביעות ההשבה לא יכולות היו לבוא לעולם אלמלא השינויים מרחיקי-הלכת שעבר המשפט הפלילי הבינ-לאומי (כגון ההכרה בסמכות שיפוט אוניברסלית והתגברות על מגבלות ההתיישנות), היה זה מודל התביעה הקבוצתית לרפורמה המבנית שהציע דרך פרקטית להעברת הדיון המשפטי מאחריות היחיד אל הארגון לגבי הפרות חמורות ושיטתיות של זכויות אדם בתקופת השואה.⁶⁹

ראינו כיצד השתנה המשפט הפלילי הבינ-לאומי כדי להתמודד עם פשעים המוניים שנעשו בחסות המדינה. כעת נפנה לבחון כיצד השתנה המשפט האזרחי כדי להתמודד עם האתגרים של הפרות זכויות המוניות על ידי גופים ביורוקרטיים ובשיתוף פעולה בין מדינה לגופים פרטיים. במאמרו הקנוני "The Forms of Justice"⁷⁰ הפנה המשפטן אוון פיס [Owen Fiss] את תשומת הלב של עולם המשפט האקדמי לתביעות קבוצתיות הקשורות להפרות של זכויות אזרח שהוגשו לבתי משפט אמריקניים בשנות השישים והשבעים. לדברי פיס

67 קו הציע להתייחס למשפט פילארטיגה כמו אל משפט *Brown v. Board of Education* בתחום ההתדיינות המשפטית הטרנס-לאומית. ראו Koh, לעיל ה"ש 40, בעמ' 2366. סטיבנס נענתה לאתגר והרחיבה את הניתוח להתדיינות ATS (ראו Stephens, לעיל ה"ש 21). משפט המהווה ציון דרך מעין זה טרם זוהה בתחום החבות התאגידית לשותפות להפרות זכויות אדם. ראו Bush, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1099.

68 ראו לעיל ה"ש 4, וההפניות שם. למחקר של הרקע ההיסטורי והמשפטי של משפטי נירנברג הכלכליים ראו Bush, לעיל ה"ש 5.

69 בזמן שהפרקליטים ניסו למצוא כלים משפטיים לטיפול בשותפות התאגידית לדבר עברה בשואה, פיתחו ההיסטוריונים כלים תאורטיים משלהם להתמודדות עם הסוגיה. ראו NETWORKS OF NAZI PERSECUTION: BUREAUCRACY, BUSINESS AND THE ORGANIZATION OF THE HOLOCAUST (Gerald D. Feldman & Wolfgang Seibel eds., 2005).

70 ראו Fiss, לעיל ה"ש 40.

יש להבין תביעות אלה, שאותן כינה "התביעה לרפורמה מבנית" (Structural Reform Litigation), כשוות ערך למהפך פרדיגמטי. התדיינות זו משנה את מבנה הצדדים להתדיינות, את תפקיד השופט ואת טיב הסעד שהתובעים מבקשים מבית המשפט. את הזדקקותו של המשפט לכלי השיפוטי החדש של התובענה הקבוצתית ייחס פיס למבנה הביורוקרטי שיש להפרות של זכויות האדם המורדרניות:

רפורמה מבנית נשענת על הרעיון שלפיו פועלם של ארגונים גדולי ממדים משפיע על איכות חיינו החברתיים בדרכים משמעותיות, ולא רק ביצועיהם של יחידים הפועלים מחוץ לארגונים אלה או בתוכם. היא גם נשענת על האמונה כי אי-אפשר להגן עד תום על ערכינו החוקתיים מבלי לבצע שינויים בסיסיים במבניהם של הארגונים הללו.⁷¹

לדבריו, הבעיה נובעת מהיעדר כלים משפטיים להתמודדות עם הפרות של זכויות אדם של ארגונים ביורוקרטיים. כישלון המשפט נגזר בעניין זה מהחלת כלים אינדיבידואליסטיים של התדיינות על הטיפול בהתנהגותם של ארגונים ביורוקרטיים.

למעשה, אחד החידושים החשובים ביותר של תאוריית הרפורמה המבנית שניסח פיס כרוך בסוגיית האחריות האישית. על פי פיס, המשפט האמריקני הצליח להתגבר על כישלונו השיטתי של המשפט בכל הנוגע לארגון הביורוקרטי כפועל יוצא מנכונותו לזנוח יסוד מוסד של הדיון המשפטי – עקרון האחריות האישית. בנקודה זו מתחוויר מדוע נשענו תביעות ההשבה על מודל הרפורמה המבנית: בשל יכולתו של מודל זה להסיט את תשומת הלב מאחריותו של המנהל או הדירקטור היחיד לזו של הארגון.⁷² כאן גם אפשר להבחין בהתפצלות חשובה של הנתיב האזרחי מן הנתיב הפלילי של משפטי השואה, שכן נתיב זה מתרחק משאלת האשמה האישית שעמדה במרכז של מורשת נירנברג.⁷³

מודל הרפורמה המבנית מכוון לשנות את הדקדוק של ההתדיינות האזרחית. כאמור, באמצעות צירוף תובעים יחידים לכלל קבוצה התביעה הקבוצתית מאזנת את יחסי הכוח במגרש המשחקים המשפטי ומעמידה את קרבנות הפרות של זכויות אדם במרכז ההתדיינות. ראינו התפתחות דומה במשפט הפלילי הבינ-לאומי, המגן יותר ויותר על זכויות הקרבנות

71 שם, בעמ' 2. לניתוח מוקדם יותר של כישלון המשפט לפתח כלים נאותים להתמודדות עם אופיים הייחודי של ארגונים ביורוקרטיים ראו CHRISTOPHER D. STONE, WHERE THE LAW ENDS: THE SOCIAL CONTROL OF CORPORATE BEHAVIOR (1975).

72 שם. זאת, בניגוד למשפטים העוקבים בנירנברג שבחנו את האחריות הפלילית האישית של מנהלי תאגידים שהיו מרכזיים לפשעים של הרייך השלישי, והסתיימו בהלכות מוגבלות מאוד. אלה הם "המשפטים הכלכליים", לרבות משפט פליק (United States of America v. Friedrich Flick et al. 6 Trials of War Criminals before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 [TWC], Washington: United States Government Printing Office, 1952); משפט אי.גה. פרבן (United States of America v. Krauch et al., 8 TWC, Washington: United States Government Printing Office, 1952); משפט קרופ (United States of America v. Alfred Krupp et al., 9 TWC, Washington: United States Government Printing Office, 1950). ראו לעיל ה"ש 4 ו-5.

73 ראו לעיל ה"ש 4-5, והטקסט הנלווה.

במשפטים פליליים על חשבון ההגנה המסורתית על זכויות הנאשם.⁷⁴ כדי להתאים את הכלי האזרחי למטרות של קידום שלטון החוק, התביעה הקבוצתית משנה את מבנה הצדדים המתדיינים באמצעות מעבר מהיחיד לקבוצה.⁷⁵ לטענת פיס, הסיבה שבגללה התביעה לרפורמה המבנית מצליחה לעשות את המעבר הזה נעוצה בסעד המבוקש: במקום לזהות את האחראי לעוולה שיש לפצות בגינה, התביעה מבקשת להפנות את המבט לעתיד ולהמציא סעד לסילוקו של מקור הפגיעה המתמשכת (צו עשה) בלי להיכנס כלל לשאלת האשמה. פיס הדגיש כי מטרת הסעד המבני (צו עשה) אינה לפצות על פגיעה בעבר אלא לסלק את האיום שהארגון מציב לערכים החוקתיים.

נוסף על כך הדגיש פיס כי אף על פי שמדובר בתביעה מתחום המשפט הפרטי, התביעה לרפורמה מבנית היא בעלת אופי ציבורי: רק האופי הציבורי יכול להסביר לדעתו את השינוי היסודי בתפקיד השופט בתביעות אלו. בניגוד לשיטה האדברסרית, הרואה בשופט צד שלישי, מנותק ובעל תפקיד סביל במשפט, השופט בתביעות הרפורמה המבנית הוא מעורב ואקטיבי. לשון אחר: השופט נעשה בעצמו שופט ביורוקרטי, המנהל את הרפורמה המבנית ומפקח על יישומה⁷⁶ במטרה לצייד את המשפט בכלים אפקטיביים להתמודדות עם ארגונים ביורוקרטיים גדולים. לבסוף, תפקיד השופט כבר אינו מוגבל ליישוב של סכסוך פרטי: תחת זאת עליו "להעניק משמעות קונקרטית לערכי החוקתיים וליישמם".⁷⁷ במילים אחרות: פיס הדגיש את המטרה הציבורית של התביעה המסתתרת מאחורי הסכסוך הפרטי ולכן הדגיש את המטרה של קידום שלטון החוק על פני יישוב סכסוכים. התפתחות דומה אפשר לזהות במשפט הבין-לאומי הפלילי בהכרה הגדלה והולכת שהוא מעניק לתפקיד הדיקטי של המשפטים.

74 אשר למעמד הקרבן במשפט פלילי, יש להבחין בין מתן "קול" לבין הענקת שליטה בהליכים לקרבנות. ראו GEORGE P. FLETCHER, WITH JUSTICE TO SOME: VICTIMS' RIGHTS IN CRIMINAL TRIALS (1995). המשפט הפלילי הבין-לאומי חיזק בעיקר את האפשרות הראשונה. לעומת זאת, אפשר להבין את התביעה הקבוצתית כמחזקת את האפשרות השנייה, שכן קרבנות ומייצגיהם (לא המדינה או גוף בין-לאומי) יוזמים ומגישים את התביעה. הספרות על תביעות קבוצתיות חושפת בעיות נציג (ראו, לדוגמה, John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. (2000) 370); אולם מנגנונים העומדים לרשות בתי המשפט מבקשים לפתור בעיות אלה. הן אף השתקפו בתביעות ההשבה, והביקורת שנמתחה על תביעות אלה עסקה, בין השאר, בכך שהן הובילו להתעשרות הפרקליטים על חשבון הקרבנות. ראו BAZYLER, לעיל ה"ש 57, בעמ' 92-95.

75 מודל יישוב הסכסוכים מקפיד על זכותו של כל פרט שנפגע להשתתף בתהליך ואגב כך מדגיש את חשיבות זכויות הפרט, אך מצב זה מותיר את הפרט ללא תמיכה מוסדית. הרפורמה המבנית מעצבת מחדש את מבנה הצדדים לתביעה, והופכת אותה לאינדיבידואליסטית פחות ולבעלת אוריינטציה קבוצתית יותר. IRWIN P. STOTZKY, LAW AS JUSTICE: THE MORAL IMPERATIVE OF OWEN FISS'S SCHOLARSHIP 111 (2009).

76 ראו PETER H. JUDITH RESNIK, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374 (1982). ראו גם PETER H. SCHUCK, SUING GOVERNMENT: CITIZEN REMEDIES FOR OFFICIAL WRONGS 147-81 (1983).

77 ראו STONE, לעיל ה"ש 71, בעמ' 9.

אם כך, תביעות ההשבה בגין השואה מתאימות לכאורה למודל של תביעת הרפורמה המבנית כניסוחו על ידי פיס, שכן הן מחוננות בארבעה מאפיינים: התמקדות בנתבעים ביורוקרטיים (בנקים גדולים, חברות ביטוח וחברות עסקיות) האחראיים לכאורה להפרות זכויות אדם,⁷⁸ היעדר התמקדות באחריות אישית והפניית הזרקור אל הארגון,⁷⁹ ניצולים-תובעים המתאגדים בקבוצה גדולה להגשת תביעה קבוצתית ושופטים ביורוקרטיים ואקטיביסטים.⁸⁰ אולם, תביעות ההשבה נבדלו בהיבט חשוב ממודל הרפורמה המבנית – הסעד שביקשו התובעים לא היה בדמות צו צופה פני עתיד שמטרתו לתקן את מבנה התאגיד אלא פיצוי כספי על נזקי עבר.⁸¹ אם כן, עולה השאלה במה נבדלות תביעות אלו מתביעה אגרגטיבית רגילה להשגת צדק מתקן בין הצדדים? לדעתי תהיה זו טעות להבין כך את תביעות ההשבה, שכן בדומה לתביעות לרפורמה מבנית הן ביקשו לשים את אחריות הארגון הביורוקרטי – במקרה זה התאגיד העסקי – על הרדאר המשפטי, במרכז ההתדיינות המשפטית. נוסף על כך, תביעות ההשבה היו שותפות לתובנה הבסיסית של התביעה לרפורמה מבנית כי יש לעזוב את שאלת אחריות היחיד, ואולי אף את שאלת האשמה בכלל, כדי להתמודד עם המבנה המשפטי המאפשר לתאגיד לתרום להפרה שיטתית של זכויות האדם וליהנות מחסינות דה־פקטו.

- 78 שלושת הבנקים השווייצריים הגדולים שנתבעו היו Cr dit Suisse, Union Bank of Switzerland (UBS) ו־Swiss Bank Corporation (ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 12). הנתבעות בתביעות בגין העסקת עובדים בתנאי עבדות וכפייה היו חברות גדולות כגון סימנס, דיימלר בנץ, פולקסווגן, דאגוסה, הוגו בוס, באייר, הכס וחברת הבת הגרמנית של פורד (שם, בעמ' 20). תביעות ביטוח הוגשו נגד חברות ענק כגון אליאנץ וג'נרלי (שם, בעמ' 22).
- 79 אי־ההתמקדות בחבות אישית נגזרת מהעובדה שהנתבעים היו ישויות משפטיות (בניגוד ליחידים) ומהתמקדותן המקורית של התביעות בסוגיות הכרוכות בדיני קניין (כפי שהראנו, התעשרות ולא במשפט אינה מצריכה הוכחת כוונה פלילית מצד יחיד כלשהו בארגונים הנתבעים).
- 80 את האקטיביזם המנהלי של בית המשפט הדגים במיוחד השופט קורמן מבית המשפט הפרדלי של ברוקלין בהתדיינות עם הבנקים השווייצריים. השופט קורמן יזם, בין היתר, את המיזוג של שלוש התביעות הראשוניות ורחק בתובעים לשכור את שירותיו של ברט נויבורן כיועץ מיוחד (ראו BAZYLER, לעיל ה"ש 57, בעמ' 11). כמו כן, הוא נחשב לאדריכל הפשרה (שם, בעמ' 27) ולמי שפיקח על תהליך חלוקת הכספים (שם, בעמ' 38-44). מכך עולה כי פעילויותיו השיפוטיות היו יותר מנהליות משיפוטיות באופיין.
- 81 מבחינה זו הן היו קרובות יותר להתדיינות ATS, שבה הפיצוי הוא סעד שאליו חותרים תמיד; אולם מלבד התביעות נגד הבנקים השווייצריים שהתייחסו לחשבונות בנק ספציפיים, רוב התביעות לא התייחסו לחישוב שכרו של עובד מסוים או אפילו לרווחיה של חברה מסוימת. התביעות כווננו נגד תעשיות שלמות והתייחסו לסכומים כוללים שהחברות לא העבירו לקרבנות במה שכונה "הצדק הגס" של אייזנשטט (ראו EIZENSTAT, לעיל ה"ש 16, בעמ' 137, 353). לפיכך, אפילו אחרי שבית המשפט אישר פשרה זו או אחרת, תהליך החלוקה לא התנהל לאור העיקרון הרסטורטיבי אלא לאור עקרונות הצדק הדיסטריבוטיבי והצורך היחסי. Leora Bilsky, Rodger Citron and Natalie R. Davidson, *From Kiobel back to Structural Reform: The Hidden Legacy of Holocaust Restitution Litigation*, STANFORD JOURNAL OF COMPLEX LITIGATION (forthcoming, 2014).

התביעה האגרטיבית היא אמצעי להתגבר על היעדר שיוויון כוחות בין הצדדים, אבל הרציונל שלה נשאר במשפט הפרטי – הסכסוך הפרטי. לעומת זאת, הרציונל המרכזי של תביעות ההשבה הוא ציבורי, בדומה לתביעה לרפורמה מבנית. אפשר לזהות את הפן הציבורי של תביעות ההשבה בכמה היבטים של התביעות. הפיזיו שקיבל כל תובע בתביעות ההשבה בגין עבודת כפייה היה סמלי ולא נועד מלכתחילה לפצות על כלל הנזקים,⁸² ובכך כוון לבסס עקרונות את אחריותו של התאגיד אל מול ההכחשות הגורפות במשך השנים יותר מאשר לתקן את הנזק הממשי של הקרבנות. אמנם התביעות עסקו בעבר, אבל לדעתי הדבר נבע מכך שלא היה היגיון להוציא בשנות התשעים צו עשה נגד התאגידים בשל מעשים שקרו שישה עשורים קודם לכן.⁸³ יתרה מזו: אם כי הסכומים חסרי התקדים שנקבעו בפשרות הכספיות שיוו לפיזיו בולטות מיוחדת, אין להתעלם מכך שהתביעות הובילו לתיקון מסוים בתרבות התאגידית של הנתבעים. כאמור, הבנקים השוויצריים הנתבעים הסכימו לעבור ביקורות חשבונאיות מקיפות, ותאגידים גרמניים הקימו ועדות היסטוריות ופתחו את ארכיוניהם להיסטוריונים. מעשים אלה ללא ספק מתמקדים בעבר, אבל גם מייצגים שינוי חשוב בהבנת אחריותו של התאגיד כלפי הפרות של זכויות אדם. כתוצאה מתביעות אלה – הן בשל הסכומים הגבוהים שנתבעו ושולמו והן בשל הנזק היחצני שנגרם להם – בשלה בנתבעים ההכרה שעליהם להתמודד עם ההיסטוריה הבעייתית שלהם ושהחתימה לרווחים כבר אינה יכולה להיות חזות הכול והמניע היחיד לפעולה – לפחות כשמדובר בשיתוף פעולה עם משטרים פושעים.⁸⁴

הנקודה החשובה היא שבתביעות השבה אלה נקבע מסך החסינות התאגידית בכל הנוגע למעורבות התאגיד כתאגיד בפשעי הרייך השלישי.⁸⁵ לפיכך, אפשר לייחס להן מטרות

82 למשל, עובדי כפייה קיבלו סכום קבוע של 7,000 DM או 15,000 DM אם נכנסו לקטגוריה של עובדי עבדות (slave labor). ראו HOLOCAUST RESTITUTION, לעיל ה"ש 57, בעמ' 101.

83 עם זאת, כמה תביעות נגד בנקים אירופיים גם היו כרוכות בהאשמות בטיוח עכשווי של מעשי שוד שנתבעו בעבר. ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 19.

84 עם זאת, יש שיטענו שהתביעות לא הובילו לכלל רפורמה אלא היו תוצאה של החלטה רציונלית וצינית של התאגידים להשתמש במכשיר הפשרה כדי להימנע מביסוס נורמה חדשה של אחריות. Libby Adler & Peer Zumbansen, *The Forgetfulness of Noblesse: A Critique of the German Foundation Law Compensating Slave and Forced Laborers of the Third Reich*, 39 HARV. J. ON LEGIS. 1 (2002). לניתוח מבני של הדרך שבה תאגידים כשחקנים חוזרים חותרים להימנע מקביעה תקדימית גם במחיר של פשרה כספית ראו Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974). לקריאה מעודנת יותר, הרואה יחסי גומלין בין סירוב להתערבות משפטית לבין צמיחה של שיח אחריות אתית, ראו Ronen Shamir, *The Age of Responsibilization: On Market-Embedded Morality*, 37 ECONOMY AND SOCIETY 1, 1-19 (2008).

85 ראו לעיל ה"ש 4-5 והטקסט הנלווה. לטענות שלפיהן יש להרחיב חבות פלילית בין-לאומית כך שתכלול תאגידים ראו Andrew Clapham, *Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, 6 J. INT'L CRIM. JUST. 899 (2008); Mordechai Kremnitzer, *A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law*, 8 J. INT'L CRIM. JUST. 909 (2010).

ציבוריות רחבות יותר מקבלת פיצוי כספי – מטרות הכוללות ברור של הפרק ההיסטורי הנסתר של מעורבות התאגידים בפשעי הרייך השלישי, כמו גם קידום רפורמה נורמטיבית בשאלה אם ריוח הוא המטרה הלגיטימית היחידה של התאגיד העסקי ואם עליו לשקול שיקולים נוספים כשהוא משתף פעולה עם משטר פושע.

בשלב זה אפשר לזהות את החולשה של כמה מהביקורות שהושמעו נגד השימוש במשפט הפרטי בתביעות ההשבה. לדידם של המבקרים, הפיצויים צריכים היו להתמקד בדיכוי ובהפרות של זכויות אדם ולא בהשבת רכוש שנלקח לא כחוק.⁸⁶ היו גם שטענו כי המבנה של עילת עשיית העושר ולא במשפט (התמקדות בהשבת כספים שהופקו ממעשים לא חוקיים או לא אתיים ולא דווקא בפיצוי על נזקים) הסיט את התביעות הללו לחלוטין מן העיקר.⁸⁷ אני מסכימה כמובן שאין כל הלימה בין חומרתם והקפם של פשעי הרייך השלישי לבין הרווחים הכספיים שנצברו כתוצאה מהפרות אלה,⁸⁸ אולם כפי שראינו, ביקורות אלו

הפלילית של תאגידים ממוסדת היטב במדינות המבוססות על שיטת המשפט המקובל, וגם אומצה על ידי כמה מדינות של שיטת משפט קונטיננטלית. ראו Thomas Weigend, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, 6 J. INT'L CRIM. JUST. 927 (2008) זאת, כפי שטענתי במאמר Judging Bureaucracy (ראו לעיל ה"ש 62), כדי שאחריות פלילית תאגידית תהווה מענה משפטי הולם למעורבות ביורוקרטית בפשעי זוועה, יצטרך המשפט הפלילי לנטוש את התמקדותו ביסוד הנפשי האינדיבידואלי של כוונה.

86 מארוס ציטט בעניין זה את אנתוני סיבוק, הטוען בהקשר של תביעות השבה של קרבנות שואה וצאצאי העבדים באמריקה, כי "אפשר להשתמש בצורה והמבנה של עילת התעשרות ולא במשפט כדי להסיג לאחור ולהחליש את השפה המוסרית של תנועת ההשבות" (התרגום שלי; ל' ב'). ראו Sebok, לעיל ה"ש 2, בעמ' 657. ראו גם Symposium, *The Jurisprudence of Slavery Reparations*, 84 B.U. L. REV. 1135 (2004).

87 ראו, לדוגמה, את הדברים שכתב הייז: "עכשיו, משהושג פיצוי חלקי מתאגידים רבים שהיו שותפים לפשע, אני מקווה שאנחנו יכולים להפסיק לעוות את המציאות ההיסטוריות, ואחת מהן היא שתאגידים מעטים, גרמניים ואחרים, התעשרו מן השואה. יש יוצאים מן הכלל, אבל הדפוס הכללי הוא של מעשים פליליים ורווחים שוליים וקיינוניים ברובם. אולי אם נדבר פחות על ויתור על רווחים פיקטיביים ברובם שהופקו מסבל אנושי קיצוני, נוכל לדבר יותר על מציאת דרך שתאפשר לבתי משפט מקומיים ובין-לאומיים להעריך פיצוי הולם לדבר החשוב באמת: אבדות קורעות לב וחסרות תקנה" (התרגום שלי; ל' ב') Peter Hayes, *Corporate Profits and the Holocaust: A Dissent from the Monetary Argument*, in HOLOCAUST RESTITUTION (ה"ש 8, בעמ' 203). מארוס ציטט בעניין זה את ההיסטוריון ג'ן אלי שדיבר על "גנבה כעקרון מנחה של המדינה" בגרמניה הנאצית. ראו GÖTZ ALY, *HITLER'S BENEFICIARIES: PLUNDER, RACIAL WAR, AND THE NAZI WELFARE STATE* 197 (Jefferson Chase trans., 2007) MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 87-88.

88 ראו MARRUS, לעיל ה"ש 3, בעמ' 101-103. מארוס הסביר כי אין חולק על כך שהתבצע שם שוד בקנה-מידה עצום, אבל הדבר לא הוביל בהכרח להתעשרות. שם, בעמ' 93, 102. מארוס סמך את טענתו, בין היתר, על הערכת ההיסטוריון פיטר הייז שציין כי חברת דאגוסה (תאגיד כימי שלא רק ניצל עובדים בתנאי עבדות אלא גם סיפק את גז הציקלון B ששימש להמתת יהודים באושוויץ) לא עשתה רווחים מופלגים מפעילויותיה ובסך הכול ייתכן שידעה הפסדים מסוימים. שם, בעמ' 101. כאמור, השקפה זו מעידה על אי-הבנה של המושג "התעשרות שלא

מתעלמות מההיבט הציבורי של תביעות ההשבה ומהמסר הנורמטיבי שלהן בנוגע לאחריות תאגידים בשל מעורבות בזוועות. כמו כן, ההתמקדות של תביעות ההשבה בתשלום כספים לא בהכרח ממעיטה מחשיבות השואה ולא בהכרח עושה לה קומודיפיקציה בשל העמדתה על עוללות הקשורות ברכוש.⁸⁹ החזרת כספים עשויה לאשש את זכותם הקנויה של התובעים לשלוט בעבודתם ובחייהם באמצעות פיצוי כספי ולא להסתפק בתגובה סימבולית (כגון התנצלות) או בתשלום כמעשה של חסד הומניטרי.⁹⁰ כפי שכתב המשפטן חנוך דגן, "השבה מעניקה תעודת אמינות למשפט זכויות האדם".⁹¹ דגן הסביר כי הטעם של עילת ההתעשרות ולא במשפט אינו מתבסס אך ורק על רכוש אלא הוא מבקש להגן על האוטונומיה של הפרטים ועל זכותם להחליט עבור מי ותמורת איזה שכר ברצונם לעבוד. מנקודת מבט זו, ההכרה בתביעות ההשבה בגין שכר עבודה שלא שולם עניינה זכות אדם יסודית ולא הפסד כספי.⁹² נותר מרכיב בעייתי נוסף בתביעות ההשבה, המבחין בינן לבין התביעות לרפורמה מבנית – מרכזיות הפשרה להליך כולו. ראינו כי בעיני הביקורת, היבט זה – יותר מכל היבט אחר של ההתדיינות – לא מתיישב עם הטעם הבסיסי הן של המשפט הפלילי הבין-לאומי של הזוועות (המדגיש את תפקידם הדידקטי של המשפטים) והן עם התביעות הקבוצתיות בגין הפרות של זכויות אזרח (הרואות ברפורמה המבנית של הארגונים את מטרותן העיקריות). אני סבורה אפוא כי העדפת הפשרה הכספית היא שמציבה את האתגר המשמעותי ביותר להסברת תרומתן של תביעות ההשבה לתורת המשפט.

4. נגד פשרה?

תביעות ההשבה אימצו אפוא שני מאפיינים מרכזיים של הרפורמה המבנית: המבנה הקבוצתי והשופט הביורוקרטי. ברם, הן נמנעו מאימוץ מאפיין שלישי המשותף לתורת המשפט של הזוועות ולתביעה הקבוצתית בגין הפרות זכויות אזרח – התפקיד הדידקטי של השופט בפירוש ערכים חוקתיים בסיסיים ובהבהרת אמתות היסטוריות. הציפייה העיקרית מבתי המשפט בתביעות ההשבה הייתה שיקלו על הדרך לפשרה כספית.⁹³ אכן, כל התביעות הסתיימו בפשרות; ולא זו בלבד אלא שהמשא ומתן לקראת הפשרה – שנהנה מתמיכת

כדין": התעשרות כזו אינה תלויה בתוצאה הסופית או בשאלה אם הנתבע התעשר או לא, אלא בשאלה אם הנתבע שילם עבור עבודה או סחורות שסופקו לו.

89 ראו הביקורת שמציג Sebok, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1405.

90 Hanoch Dagan, *Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, Intergenerational Justice, and Legal Transitions*, 84 B.U. L. Rev. 1139 (2004).

91 ראו שם, בעמ' 1143-1152.

92 לערעור על ההשקפה שלפיה תביעות ההשבה מרדדות את השואה לשאלות רכושיות גרדא תורם גם הטיעון שתובעים ראו עצמם כקרבנות המבקשים פיצוי ולא כבעלי רכוש גרדא. על תפיסה זו מעיד שלב החלוקה לאחר הפשרה, שברובו הופעלו עקרונות חלוקה על פי צורך ו"צדק גס" ולא דווקא על פי כימות מדויק של הזכויות (ראו Eizenstat, לעיל ה"ש 16, בעמ' Marrus 353; לעיל ה"ש 3, בעמ' 102).

93 Adler & Zumbansen, לעיל ה"ש 84, בעמ' 60-61 (טענות המאמר הן שהפשרה הייתה חסרת תוכן מוסרי ושהחלטות של בית המשפט אולי היו עדיפות על פסיקה, לפחות בכמה מן התביעות, מנקודת המבט של הוכחת סבלם של הקרבנות וקביעת אשמתם של הנתבעים).

הממשלות הרלוונטיות – פורש כהליך "האמיתי"⁹⁴. האם סטייה זו ממודל – התביעה לרפורמה המבנית וממטרותיה הדידקטיות של תורת המשפט של הזוועות מצדיקות את הביקורת החריפה שנמתחה על תביעות ההשבה? ובמיוחד – האומנם – אין פשרה עולה בקנה אחד עם עשיית צדק? במילים אחרות: האם אפשר להצדיק את תביעות ההשבה חרף דחייתן את תפקידו הדידקטי של בית המשפט, תפקיד שהן חסידי המשפט הפלילי הבינו-לאומי והן הדוגלים ברפורמה מבנית מעלים על נס?

על פני הדברים דומה כי מרכזיות הפשרה לתביעות ההשבה אינה עולה בקנה אחד עם הרציונל הדידקטי של המשפט הפלילי הבינו-לאומי ועם מטרתה הנורמטיבית המוצהרת של התביעה לרפורמה מבנית. מתח מתקיים בין קבלת הפשרה כמטרה לגיטימית של תביעות ההשבה לבין המטרה הדידקטית שעלתה לגדולה בעשורים האחרונים, בעיקר בקשר למשפטי השואה. כמו כן, קשה ליישב את הפשרה הכספית עם ההיבטים הציבוריים של התביעה האזרחית להפרות של זכויות אדם. אכן, פיס, שהיה אחד ממקדמי התביעות לרפורמה מבנית, טען נחרצות כי אין מקום לפשרה בתביעות כאלו שכן היא חותרת תחת הרציונל המרכזי לקיומן, קרי: קידום נורמות חוקתיות ופרשנותן.⁹⁵ הפשרה שמה דגש על יישוב הסכסוך הפרטי ומחזירה אותנו לכאורה למטרה המוגבלת יותר של ההתדיינות האזרחית ולפיכך מקעקעת את הטעם הציבורי של התביעה לרפורמה מבנית.

לדעתי אפשר להצדיק את הפשרה בשתי רמות. ראשית, ברמה הפרגמטית, אופיין הטרנס-לאומי של התביעות והזמן הרב שחלף מאז ההתרחשויות העובדתיות הפכו את הפשרה לכלי הטוב ביותר. מאחר שהלגיטימיות של בתי המשפט האמריקניים לדון בתביעות ההשבה הייתה מוטלת בספק, עדיף היה שהם יימנעו מהכרעות משפטיות מהותיות. כמו כן, הזמן שחלף מאז ביצוע המעשים המקוריים מצדיק איפוק משפטי. שנית וחשוב יותר, ברמה העקרונית, הדיכוטומיה שהביקורת מניחה בין פשרה לצדק אינה מוצדקת בעיניי, במיוחד בהקשר התאגידי שבו הכלי של הפשרה הוא – לדעתי – שפתח פתח לקידום מטרות ציבוריות של ההליך, תוך התמודדות עם קושי הלגיטימיות של קידום משפט טרנס-לאומי בבית משפט לאומי.⁹⁶

94 ראו EIZENSTAT, לעיל ה"ש 16, שתיאר את המעורבות הדיפלומטית הנמרצת וכתב: "התביעות היו פשוט כלי במאבק פוליטי שהתנהל בין טיטנים" (התרגום שלי; ל' ב') (שם, בעמ' 340).

95 Owen Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L. J. 1073 (1983). אליבא דפיס, פשרות משיגות לעתים קרובות שקט אך לא צדק, בגלל גורמים כגון כפיית הסכמה, כישלון התהליך לחתור להשתחרר מפערים חלוקתיים, היעדר הסכמה סמכותית להתפשר, היעדר בסיס להמשך מעורבות משפטית בבנייה מחדש של ארגונים ביוורקטיים, עיכוב אכיפה נחושה וכישלון בתי המשפט לפרש ערכים המגולמים בחוקה ולממשם בסמכותיות.

96 מאמר זה מנסה לחשוף את יחסי הגומלין בין מוסד הפשרה לבין קידום נורמות, וככזה הוא ממקם את תביעות ההשבה בהקשר הרחב יותר של גלובליזציה ונאו-ליברליזם המעוררים משפט רך והעברה של ההסדרה הנורמטיבית לגופים פרטיים. למרות הסכנות הרבות שטומן הקשר זה, עיון בדרך שבה עיצבו תביעות ההשבה מחדש את מכשיר הפשרה כדי לקדם מטרות ציבוריות ומשטר אחריות של תאגידיים ראוי למחקר. להרחבה ראו, Leora Bilsky and Talia Fischer, *Rethinking Settlement*, 15 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 123 (2014).

למעשה, בהתחשב במכשולים המשפטיים העצומים הניצבים בדרך של תביעות ההשבה, נראה כי הפשרה היא שאפשרה להגיע לצדק מהותי יותר.⁹⁷ כפי שראינו, תביעות ההשבה קרעו את מסך החסינות התאגידי בכל הנוגע למעורבות בשואה. תשלומי כספים הם בגדר סנקציה הולמת לטיפול בשחקנים ביורוקרטיים. הטלת סנקציות כספיות היא דרך טובה לגרום לתאגידים להפנים אחריות, מאחר שהיא "מדברת בשפה" שתאגידים מבינים.⁹⁸ גם במובן רחב יותר, כסף – בשל נזילותו – הוא סעד הולם להתמודדות עם אחריות ביורוקרטית, תאגידית או ממשלתית. פשעים ביורוקרטיים כרוכים בשותפות לפשע של גופים מגופים שונים, וריבוי שחקנים הוא מתווי ההיכר שלהם. הטלת סנקציה כספית, נזילה, בדרך של פשרה מאפשרת חלוקה של נטל החבות בין המשתתפים.⁹⁹ במיוחד חשוב הדבר לאור השותפות בין המגזר הפרטי לבין המשטר הנאצי בכיצוע הפשעים. כפי שראינו, הביקורת טענה כי תביעות ההשבה התמקדו שרירותית בכמה תאגידים פרטיים בעלי כיס עמוק ובכך התעלמו מחלקה הנכבד של המדינה בפשעים. אולם, עיון מקרוב בדרך שבה חילקה הקרן הגרמנית את האחריות הכספית מגלה כי המדינה תרמה 50% מסכום הפשרה ונד כבד דרבנה תאגידים גרמניים שלא נתבעו לתרום מרצונם לקרן הפיצויים.¹⁰⁰ בדומה, בשנת 1997 תרם הבנק המרכזי השוויצרי, עם הבנקים הנתבעים וקבוצה של חברות שוויצריות, לקרן הומניטרית שהוקמה עבור קרבנות השואה – קרן נפרדת מזו שהוקמה

97 בעיות מפתח משפטיות היו כרוכות בחוקי ההתיישנות, במניעת יחסי חוץ, בסוגיות של הליך אזרחי ובבעיות פוטנציאליות של הוכחה. לדיון נוסף ראו Vagts & Murray, לעיל ה"ש 57, בעמ' 514-522. לביקורת מהעת האחרונה על עמדתו העקרונית של פיס נגד הפשרה ראו Samuel Issacharoff & Robert Klonoff, *The Public Value of Settlement*, 78 FORDHAM L. REV. 1177 (2009). כותבי המאמר טוענים כי פשרה עשויה להיות צודקת יותר מפסק דין בעקבות משפט בשל גורמים הקשורים למערכת המשפטית. למעשה, וגטס ומאריי מעדיפים פשרה בתביעות נגד תאגידים גרמניים מטעמים אלה בדיוק ("פשרה בתיקים אלה הביאה להקלה עצומה לשופטים אמריקנים הכורעים תחת נטל התיקים, והציעה סעד מהיר, גם אם צנוע, לתובעים שהולכים ומזדקנים במהירות שאאלמלא כן עלולים היו למות בלי שיראו את תביעותיהם נדונות עד תום". הם מתנגדים לדרך המשפט בכותבם כי "אפילו אם תובעים מסוימים קצרו הצלחות כלשהן [...] אנשים במספרים גדולים שנפגעו באותה מידה הודרו מחלוקת הרווחים" (התרגום שלי; ל' ב'). שם, בעמ' 504).

98 הסעד הכספי הוא היתרון נוסף של המשפט הפרטי להטלת אחריות על תאגידים בשל מעורבותם בזוועות. סעדים כספיים אמנם אינם זרים למשפט הפלילי, במיוחד במשפט האירופי, ואפשר לחלט נכסים או להשיג פיצוי או השבה; אך, כאמור, כל עוד אין אחריות פלילית של תאגידים אלה נותרות אפשרות תאורטית. נוסף על כך, תביעות ההשבה מראות כי היתרונות של הסעד הכספי קשורות באופן הדוק לפשרה, שהיא מאפיין של המשפט הפרטי. ללא הפשרה יאבד מנגנון התמרוץ העיקרי של תאגידים להפנים או לקבל אחריות, לפתוח ארכיונים ולזוּם מחקר היסטורי על מעורבותם בשואה. ראו פרק 3 להלן.

99 השוו להמלצתו של אוזיאל להטיל סנקציות אזרחיות קיבוציות שאת הוגנותן מבטיחה לכאורה האפשרות שיש לבעלי תפקידים בארגון להתחלק בדיעבד בסנקציה הכספית בהתאם לאשמתם היחסית. Mark Osiel, *The Banality of Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity*, 105 COLUM. L. REV. 1842-59 (2005).

100 ראו EIZENSTAT, לעיל ה"ש 16, בעמ' 243-260.

בסופו של דבר על פי תנאי ההסדר.¹⁰¹ חלוקה זו של החבות בדיעבד בין ארגונים מארגונים שונים ובין המדינה למגזר העסקי, גם אם אינה נעשית על פי צו בית משפט אלא ביזמת הצדדים, מפחיתה מהשרירות לכאורה שבבחירת נתבעים שהם תאגידים בין-לאומיים עם כיס עמוק. שיתוף הפעולה הבין-אירגוני וחלוקת הנטל הכספי של החבות המשפטית משקפים את השותפות ואת חלוקת האחריות לביצוע פשעים הקשורים בשואה. בכך יש גם תשובה מסוימת לביקורת, שכן בפועל התקרבו התביעות לייצירת אחריות משותפת של התאגידים והמדינה. חשוב לציין כי מה שאפשר את שיתוף הפעולה הזה הוא אופיו הכספי של הסעד – אך גם העובדה שבית המשפט לא פסק באופן עקרוני לגבי האחריות המשפטית של נתבעים ספציפיים. אם כן, הפשרה פתחה את הדלת לפני שחקנים שאינם בעלי דין פורמליים – כגון המדינה ותאגידים אחרים – להצטרף בדיעבד. בשל סיבות אלו נדמה לי כי הפשרה מציעה דרך נאותה להתמודד עם עוללות ביורוקרטיות שהמשפט הפלילי, המבוסס על אשמה אינדיבידואלית, התקשה לתפוס.¹⁰²

ובכל זאת – האם איננו נופלים ב"מלכודת" הביורוקרטית כשאנו מסתמכים על פשרות כספיות שיש בהן כדי להפוך את שאלת האחריות האישית לשאלה מופשטת וחסרת פנים? האם תביעות ההשבה הצליחו להרים את מסך הארגון הביורוקרטי או שמא הן התייחסו לאחריות הכוללת והמופשטת של התאגיד בלי להציע תאוריה משפטית החודרת את מסך התאגיד? הקושי של המשפט להתמודד עם אחריות תאגידים לפשעי הרייך היה כפול. ראשית, מהי חלוקת האחריות לפשע בין המדינה לבין התאגיד כשותף עקיף? באיזו מידה כפייה או טרור מפחיתים מאחריות התאגיד? שנית, כיצד יש לחלק את האחריות בתוך התאגיד? מבחינה פורמלית, תביעות ההשבה לא העניקו תשובה מספקת לאף אחת משאלות אלו. התרומות של המדינה ושל חברות גרמניות שלא נתבעו לקרן הפשרה אינן משקפות הבנה מדויקת של מערכת היחסים המורכבת ששררה בין המדינה לתאגידים תחת הרייך השלישי. כמו כן, אם סיפקו התביעות רק תשובות מעורפלות לשאלה הראשונה, הן כלל לא הרימו את מסך ההתאגדות כדי להצביע על חלוקת אחריות פנימית בתאגיד; ודאי שהן לא הטילו אחריות אישית.

נדמה כי כישלון זה הוא בלתי-נמנע. אחת התובנות החשובות של המודל לרפורמה מבנית היא שכדי להתמודד עם אחריות של ביורוקרטיה על המשפט לנטוש את החיפוש אחר אחריות אישית.¹⁰³ רק בדרך זו יוכל המשפט לחקור את המבנה שהוביל להפרות של זכויות האדם ולשנותו. עם זאת, ברצוני להציע כי תביעות ההשבה הרימו את מסך ההתאגדות מחוץ למשפט – במחקר ההיסטוריה הארגונית שנוצר כתוצאה ישירה מהתביעות. היסטוריונים שהוזמנו ומומנו על ידי הנתבעים בחנו את הדינמיקה הפנימית של התאגידים, תוך התמקדות במנהלים ובאחריותם למעשי התאגיד. בפרק הבא אראה כיצד היעדר הכרעה משפטית הוא שעודד את כתיבתם של נרטיבים היסטוריים חדשים אלה.

101 שם, בעמ' 98-99.

102 בכך מופרכת הביקורת שלפיה הפשרה אפשרה לתאגידים להתחמק מאחריות.

103 זו למעשה תובנה הפוכה מזו שהדריכה את משפטי נירנברג, שביקשו להרים את מסך הביורוקרטיה כדי להטיל אחריות אישית – וכך העמידו לדין דירקטורים ובעלים של התאגיד אי. גה. פרבן אך לא את התאגיד עצמו.

ג. התביעה הקבוצתית והמחקר ההיסטורי

ראינו כי תביעות ההשבה מסמנות מעבר מהמשפט הפלילי למשפט האזרחי. בחלק זה אטען כי מוסד הפשרה ומאפיינים של חוק הפרוצדורה האזרחי האמריקני – ובכללם חובת גילוי רחב בטרם משפט, תביעה קבוצתית וויתור על שאלת האחריות האישית – העלו תרומה ניכרת למחקר ההיסטורי, אם כי בדרך שונה מאוד מן המשפט הפלילי.¹⁰⁴ המשפט הפלילי חותר לייצר נרטיב אחיד והגמוני ולבטאו בפסק הדין של בית המשפט, ואילו תביעות ההשבה מוותרות לכאורה על כל ניסיון של בית המשפט לכתוב נרטיב היסטורי. התוודענו לביקורת שמתחו היסטוריונים על תביעות ההשבה בגין זניחתן את הנרטיב ההיסטורי ואת התפקיד הדידקטי של בית המשפט.¹⁰⁵ להשקפתי, מדובר באי-הבנה ששורשיה בניסיון למצוא את הסיפור במקום הלא נכון. את הסיפור ההיסטורי של השואה העולה מהתדיינות ההשבה אין לחפש בפסיקת בית המשפט כמו שמקובל במשפטים פליליים. למעשה, ההתדיינות האזרחית אינה זורה אור על נרטיב היסטורי קיים ומוכר, הנדרש למעורבות של המגזר העסקי בשואה; תחת זאת היא ממלאת תפקיד פעיל בעידוד מחקר היסטורי ובכתיבתם של נרטיבים חדשים בדוחות של ועדות היסטוריות. נרטיבים אלו אינם כפופים לכללי הדין המהותי והפרוצדורלי המשפטי, וכך מנעמים מרבים מהעיוותים שאפיינו את הנרטיב ההיסטורי שכתבו שופטים במשפטי שואה פליליים.

כחלק מביקורתנו על תביעות ההשבה ציין מארוס כי ההליך האזרחי האמריקני מעורר תובעים לעוות את ההיסטוריה בשלב הגשת התביעה במטרה לחזק את טענותיהם.¹⁰⁶ עם זאת, אם מבינים את המכשיר הקבוצתי כמנגנון הכופה על תאגידי ענק הליך של גילוי עוברתי ומאלץ אותם לחשוף מסמכים שהיו מחוץ להישג ידו של הניצול האינדיבידואל זה שישים שנים, אפשר אולי לראות בכך עיוות הכרחי שיש בו להמריץ את המחקר. דוגמה חשובה היא הקמת הוועדה ההיסטורית בראשות ז'אן פרנסוא ברז'יה בשווייץ,¹⁰⁷ בתגובה ישירה להגשת התביעה הראשונה באוקטובר 1996.¹⁰⁸ חקירה פיננסית מורכבת מהסוג שניהלה ועדת ברז'יה מצריכה מומחיות מקיפה, זמן ומשאבים כספיים שאינם עומדים לרשותם של תובעים יחידים (קרבנות הרייך השלישי). התביעות הקבוצתיות והלחץ שהן מפעילות על הנתבעים גם אפשרו לפרקליטים, ואף לשופטים ולמתווכים, לפעול מטעם ממשלות לאומיות ולהפעיל לחץ על נתבעים לשתף פעולה, לחשוף מסמכים וחשוב מכך – לחקור

104 לפיתוח טענה זו ולהרחבתה ראו Leora Bilsky, *The Judge and the Historian: The Holocaust* (2012) *Class Actions as a New Model*, 24 *History and Memory* 117.

105 ראו לעיל פרק ג1.

106 כך, לדוגמה, טענו התובעים לרווחים עצומים של התאגידים בגין עובדי הכפייה אך המחקר ההיסטורי שנעשה מאוחר יותר גילה כי בפועל תאגידי רבים לא הרוויחו כלל שכן הם שילמו למדינה עבור עובדי הכפייה, ובכל מקרה תנאי העבודה הקשים לא קידמו את הרווחיות. ראו מארוס, תגובה לברט ניובורן, סדנה על תביעות ההשבה, אונברסיטת תל-אביב, הפקולטה למשפטים (22.6.2012). לטענה דומה ראו Hayes, לעיל ה"ש 87, בעמ' 197.

107 ראו לעיל ה"ש 18 וההפניות שם.

108 ראו EIZENSTAT, לעיל ה"ש 16, בעמ' 87-88.

את עברם.¹⁰⁹ לדוגמה, בהתדיינות עם הבנקים השוויצריים לחץ השופט קורמן על הבנקים להסכים לפרסם מידע על חשבונות רדומים נוספים.¹¹⁰ בירור ההיסטוריה שהחל עם הגשת התביעות נמשך גם אחרי שהצדדים הגיעו לפשרה. למעשה, באותה נקודה צריך היה לברר את הזכאות לפיצויים של הניצולים היחידים ושל משפחותיהם.¹¹¹ על כן, בעקבות הפשרה בתביעות נגד הבנקים השוויצריים נשלחו שאלונים לכמיליון ניצולים ומשפחותיהם במטרה לאפשר לחברי הקבוצה הפוטנציאליים להביע את תמיכתם בהסדר או את התנגדותם לו, וללקט מידע שיהא בו כדי לסייע לגיבוש תכנית הוגנת להקצאת כספי ההסדר.¹¹² לדעת ברט נויבורן, היועץ המשפטי מטעם התובעים בהתדיינות עם הבנקים השוויצריים, אחת הסיבות המרכזיות להגשת התביעות הייתה "לדבר אל ההיסטוריה: ליצור תיעוד היסטורי שאי־אפשר יהיה להתכחש לו לעולם".¹¹³ לפיכך, בד בבד עם פתיחת הארכיונים של הנתבעים, הניבו התביעות מאגר גדול ורב ערך מאוד של היסטוריה אורלית המבוססת על עדויות הניצולים. למעשה, היעדר ההכרעה המשפטית העתיקה את שאלת אחריותם של הנתבעים מהמישור המשפטי למישור המוסרי ודרבנה את התאגידים הגרמניים הנתבעים (ותאגידים נוספים בגרמניה) להקים ועדות היסטוריות, לפתוח את ארכיוניהם, לשכור את שירותיהם של היסטוריונים כדי שיחקרו את עברם של התאגידים ופרסמו את ממצאיהם – צעדים שהיו

109 אשר להתדיינות עם הבנקים השוויצריים טען ברט נויבורן כי "הנתונים ההיסטוריים שחשפו ועדת פולקר, ועדת ברז'ייה וההליך של בית הדין לבוררות CRT II, שינו אחת ולתמיד את האופן שבו רואה שווייץ את חויית מלחמת העולם השנייה שלה". נויבורן גם ייחס חשיבות היסטורית לחומר העובדתי שנחשף בהקשר של ההתדיינות הגרמנית על עובדים בתנאי עבדות ולנתונים שנאספו בהקשר של הקצאת הכספים. כל אלה "כפו הכרה ברוע המסיבי [שקינן] בלב התשלובת התעשייתית הנאצית". ראו Neuborne, לעיל ה"ש 22, בעמ' 795-834. ההיסטוריון ג'רלד פלדמן ציין כי התאגידים העסקיים סגרו את ארכיוניהם לפני חוקרים עצמאיים עד שנות התשעים וכי להתדיינות נודע תפקיד חשוב בשכנוע העסקים לשנות את מדיניותם, לפתוח את ארכיוניהם ולפתוח בכדיקה עצמית ביקורתית של מעורבותם ברייך השלישי. Gerald Feldman, *The Historian and Holocaust Restitution: Personal Experiences and Reflections*, 23 BERKELEY J. INT'L L. 347 (2005). ("קשה להעלות על הדעת כי הארכיונים הללו היו נפתחים מהר כל כך אלמלא התביעות והלחץ הציבורי על עולם העסקים [...] ו[ועל הממשלות לפתוח את תיקיהם וליצור היסטוריות לא מצונזרות]" (התרגום שלי; ל' ב') שם, בעמ' 354). לשורה של ועדות היסטוריות לאומיות ופרטיות שהוקמו בעקבות תביעות ההשבה ראו אתר האינטרנט של United States Holocaust Memorial Museum, <http://www.ushmm.org/assets/>.

110 ראו BAZYLER, לעיל ה"ש 57, בעמ' 39-40.

111 בית המשפט מינה שני ממונים מיוחדים לחלוקת כספי הפשרה שהושגה בבית הדין לבוררות בציריך. ראו Neuborne, לעיל ה"ש 22, בעמ' 795-834.

112 שם, בעמ' 795, 827-830. בתגובה לביקורת שנמתחה על השאלונים כתב נויבורן: "כ־580 אלף שאלונים מולאו והוחזרו, מה שמעיד על תמיכה מכריעה בפשרה. רק 300 אנשים בחרו לפרוש מן התובענה הייצוגית" (התרגום שלי; ל' ב'). שם, בעמ' 827-828.

113 ראו Neuborne, לעיל ה"ש 22, בעמ' 795-834.

כרוכים בהוצאות לא מבוטלות.¹¹⁴ חשוב לזכור שהיו אלה ארכיונים פרטיים ושלא היו נפתחים אלמלא התביעות, ושהעלויות הכרוכות בחקירתם עלולות היו להיות מעבר להישג ידם של היסטוריונים יחידים. על כן, היעדר קביעת החבות המשפטית, שהוביל להימנעות מניסוח נרטיב היסטורי רשמי, הניח את היסודות ליצירת מספר רב של נרטיבים על ידי הצדדים להתדיינות וההיסטוריונים שפעלו בחסות הממשלות והתאגידים הפרטיים.

התרומה החשובה ביותר לנרטיב ההיסטורי משינוי הפרדיגמה המשפטית טמונה בעצם העובדה שבלב ההתדיינות עמד סיפור מעורבותם וחלקם של התאגידים בפשעי הרייך השלישי. למרות היעדר הכרעה משפטית עקרונית, תביעות ההשבה מיקרו את תשומת הלב האקדמית והציבורית בשאלת אחריותם ומעורבותם של "משקיפים מן הצד" ו"מאפשרים",¹¹⁵ במיוחד בשאלת אחריותם ומעורבותם של תאגידים עסקיים בתקופת המשטר הנאצי. כאמור בחלק הקודם, עד אז נותרה סוגיית מעורבותם של תאגידים עסקיים ברובה בגדר כתם עיוור מבחינת החוק מטעמים הקשורים לעקרון האשמה האינדיבידואלית של המשפט הפלילי.¹¹⁶ יתר על כן, ניסיונות קודמים להעמיד לדין פלילי תעשיינים ותאגידים גרמניים נתקלו במשפטים העוקבים בנירנברג בקשיים ניכרים כתוצאה מדרישות מחמירות של יסוד נפשי, הואיל ושופטים דרשו להוכיח – מעבר לידעיה – גם יזמה ובחירה חופשית לסייע לביצוע הפשע.¹¹⁷ שעה שניתחה את משפט אייכמן הצביעה חנה ארנדט על הקשיים הניצבים לפני המשפט הפלילי המסורתי שעה שהוא מתמודד עם אחריותם של פקידי ממשל כתוצאה מן

114 ראו, למשל, PETER HAYES, FROM COOPERATION TO COMPLICITY: DEGUSSA IN THE THIRD REICH (2004) .xv.

115 ULRICH HERBERT, HITLER'S FOREIGN WORKERS: ENFORCED FOREIGN LABOR IN GERMANY UNDER THE THIRD REICH (W. Templar trans., 1997); CHRISTOPHER R. BROWNING, NAZI POLICY, JEWISH WORKERS, GERMAN KILLERS (2000). היה מי שטען, למרבה האירוניה, כי בזמן שפרקליטים היו נכונים ליחס אשמה גדלה והולכת לחברות שביצעו הפרות זכויות אדם, היסטוריונים חוקרי התחום העסקי תחת הנאצים זנחו את ההיסטוריה השיפוטית-ביקורתית והעדיפו את אמות-המידה המקצועיות של חקר ההיסטוריה מאלה של המשפט. ראו Bush, לעיל ה"ש 5. בגדר סוג זה של היסטוריה לא שיפוטית אזכר בוש את הספרים האלה: PETER HAYES, INDUSTRY AND IDEOLOGY: IG FARBEN IN THE NAZI ERA (1987); HAROLD JAMES, THE DEUTSCHE BANK ECONOMIC WAR AGAINST THE JEWS: THE EXPROPRIATION OF JEWISH-OWNED PROPERTY (2001); JONATHAN. STEINBERG, THE DEUTSCHE BANK AND ITS GOLD TRANSACTIONS DURING THE SECOND WORLD WAR (1999); S. JONATHAN WIESEN, WEST GERMAN INDUSTRY AND THE CHALLENGE OF THE NAZI PAST, 1945-1955 (2001). אני סבורה כי הפרקליטים עצמם זנחו את פרדיגמת המשפט הפלילי לטובת המשפט האזרחי והפשרה, צעד שקירב את שני התחומים זה לזה.

116 ראו לעיל ה"ש 5-4 והטקסט הנלווה. סיבה נוספת מתייחסת לפוליטיקת המלחמה הקרה שמשלה בכיפה עד 1989. ראו Goschler, לעיל ה"ש 11. לפי פלדמן, "העיוות בין האידאולוגיות המרקסיסטית והקפיטליסטית לפני 1989 ללא ספק מילא [בסגירת ארכיוני החברות הגרמניות והנסיון להתחמק מאחריות; ל' ב' תפקיד מסוים, וכך גם ההנחה המרקסיסטית השמאלית הליברלית שלפיה הקפיטליסטים העלו את היטלר לשלטון והמשטר היה כלי שרת בידי ההון" (התרגום שלי; ל' ב'). ראו Feldman, לעיל ה"ש 109, בעמ' 354.

117 ראו לעיל ה"ש 79.

הפער בין ההקשר הביורוקרטי של פשעי השואה לבין עקרון האחריות האישית של המשפט הפלילי המסורתי. – בהקשר זה טבעה חנה ארנדט את הביטוי "הבנאליות של הרוע" וכיוונה בכך לפער הנוצר בין מניע של הביורוקרט להתקדם בתפקיד או לספק את רצון הממונים לבין התוצאה האיזומה של הפשעים ההמוניים המבוצעים על ידי ביורוקרטיה של פקידי מדינה.¹¹⁸ הניסיון להחיל חבות פלילית על בעלי תפקידים בתאגידים פרטיים נתקל בקושי דומה – הבנאליות של המניע להשתתפות בפשעים מצד בעלי תפקידים בתאגיד העסקי (כגון רווח כספי או קיימות תאגידית) והפער בינו לבין ההפרות החמורות של זכויות אדם של מי שעבדו כעובדי כפייה וכעבדים באותם תאגידים. כאן עלה קושי נוסף, מאחר שהמעורבות של בעלי התפקידים בתאגידים הייתה מסדר שני בדרך כלל ולא הייתה של יזמה. על כך יש להוסיף את המכשול שמעמידה התורה התאגידית הקלאסית, הגורסת כי המניע הלגיטימי היחיד של פעולות שחקנים תאגידיים הוא מקסום רווחי התאגיד – ואילו התביעות היו מבוססות על ההנחה ההפוכה שלפיה רווח איננו חזות הכול.¹¹⁹ בהקשר זה, כיצד אמורות ישויות תאגידיות לנהוג כשעובדיהן מגויסים לצבא ושוק העבודה האזרחי כולו מבוסס במידה זו אחרת על עבודה בתנאי עבדות וכפייה? מה אמורים לעשות בנקים וחברות ביטוח כשהזדמנויות עסקיות רבות נקרות בדרך כתוצאה מרדיפת האזרחים היהודים בידי המדינה? מה האחריות של תאגידים ש"רק עושים עסקים" עם משטר נפשע? קשה מאוד למשפט הפלילי להתמודד עם שאלות כאלה, ולא רק מחמת המניעים ה"בנאליים" המסתתרים מאחורי התנהגות כזאת אלא בעיקר מאחר שמעורבותם של תאגידים מתרחשת באזור האפור של שיתוף הפעולה העמום בין בחירה חופשית לכפייה ובין מקרבן לקרבן.¹²⁰ הניסיון המשפטי לבחון את המעורבות התאגידית במשקפיים פליליות הוביל למשפט התעשיינים בנירנברג והסתיים בהצלחה מוגבלת מאוד.¹²¹ לעומת זאת, המעבר לפרדיגמת ההתדיינות האזרחית, שהתחולל בהשראת התביעות הקבוצתיות הקשורות בשואה, לא רק המציא כלים להתמודדות עם תאגידי ענק אלא גם אפשר למשפט לחלץ את עצמו ממגבלות המשפט הפלילי ולעבור מאחריות היחיד לאחריות הארגון העסקי, ומאחריות ישירה לאחריות של שותפים עקיפים לפשע.¹²² המוקד החדש הניב מחקר היסטורי בין-לאומי פורה בנושא¹²³

- 118 ראו ארנדט, לעיל ה"ש 46.
- 119 ראו Schuck, לעיל ה"ש 76.
- 120 Christoph Burchard, *Ancillary and Neutral Business Contribution to 'Corporate-Political Core Crimes'*, 8 J. INT'L CRIM. JUST. 919 (2010)
- 121 ראו Zuppi, לעיל ה"ש 4.
- 122 Deborah Sturman, *Germany's Reexamination of Its Past through the Lens of the Holocaust Litigation*, in HOLOCAUST RESTITUTION *Holocaust Litigation*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 216-217. "התובענה הייצוגית הרגישה כי ההשתתפות או, למצער, ההשלמה של גרמנים 'דגילים' [...] הייתה גורם בלתי-נפרד מתפקוד הרייך השלישי [...] ירושת הרורות הבאים נגזרה, לפחות בחלקה, מרווחים שנצברו באמצעות ניצול עובדים בתנאי עבדות ואריזציה".
- 123 Constantin Goschler, *Die Enteignung der Juden und für Europäisierung des Holocaust*, in WIRTSCHAFT IM ZEITALTER DER EXTREME. BEITRÄGE ZUR UNTERNEHMENSGESCHICHTE DEUTSCHLANDS UND ÖSTERREICHS 337 (Hartmut Berghoff, Jürgen Kocka & Dieter. Ziegler

והביא לפרסום של ויכוח ההיסטוריונים החדש על התפקיד שמילאו העסקים הפרטיים בשואה.¹²⁴

אשר לביקורת הרואה שימוש במשפט הפרטי כהסטה מן העיקר – רצח המוני ועיוות היסטורי – אפשר לטעון כי ההיבטים הללו של – השואה טופלו ומטופלים משפטית במשפטים פליליים מאז משפטי נירנברג, וכי הטיפול בפן הכספי או הכלכלי של העברות אינו מוחק את המאמצים הקודמים הללו. יתר על כן, המשפט הפלילי לא השכיל להתמודד עם מעורבותם של תאגידים פרטיים בפשעי השואה מחמת הטייתו האינדיבידואליסטית; רק באמצעות תביעות נזיקין והשבת רכוש הצליח המשפט להפנות את הזרקור למעורבות העסקית בשואה. התמקדות חדשה זו בעסקים וברכוש שינתה את המפה הנורמטיבית והעשירה את המחקר ההיסטורי.

סיכום

האם אפשר לראות בתביעות ההשבה משום צמיחה של מודל משפטי חדש להתמודדות עם הפרות המוניות של זכויות אדם על ידי תאגידים רב-לאומיים? להערכתי, לפחות מבחינה נורמטיבית יש בתביעות חידוש עקרוני הראוי לעיון, אם כי אינני בטוחה אם מעשית אפשר יהיה לעשות בהם שימוש רב במקרים שבהם אין קונצנזוס ציבורי רחב כמו זה שהיה בארצות-הברית לגבי תביעות השואה. תביעות ההשבה מציעות מודל משפטי חדש להתמודדות עם אחריות תאגידים להפרות של זכויות אדם. כלל 23 לסדר הדין הפדרלי מחלק את התביעה הקבוצתית לשני מסלולים נפרדים: תביעות אגרגטיביות נזיקיות (תביעות צופות פני עבר סעיף 23(b)(3)) ותביעות לרפורמה מבנית (תביעות צופות פני עתיד סעיף 23(b)(2)).¹²⁵ ראוי לשים לב כי המנגנון שנוצר בתביעות ההשבה משלב בין המסלולים: הסעד המבוקש בו הוא כספי אבל המטרה היא ציבורית.¹²⁶ כפי שראינו, הפשרה אמנם הייתה קשורה במהותה לתביעות הפיצוי צופות פני עבר, אך היא לא הייתה מנותקת ממטרות נורמטיביות (כמו קידום אחריותם של תאגידים) והיא עוצבה כדי לקדם מטרות דידקטיות (כמו בירור ההיסטוריה של התאגיד ביחס לפשעי הרייך). שוני נוסף מהמודל הקבוצתי האמריקני נוגע לבסיס הנורמטיבי של התביעות: התביעות לרפורמה מבנית הסתמכו על החוקה האמריקנית כנותנת לגיטימיות לשינויים ממבנה התביעה האינדיבידואלית, ואילו המודל החדש שואב את הלגיטימציה מהמשפט הבין-לאומי (פשעי הזוועות) תוך שילובו במשפט המדינתי (בית

eds., 2010); RESTITUTION AND MEMORY, MATERIAL RESTORATION IN EUROPE (Dan Diner & Gotthart Wunberg eds., 2007))

124 ראו לעיל ה"ש 115.

125 Fed. R. Civ. P. 23(b)(2)-(3).

126 אך ראו Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 131 S. Ct. 2541, 2559 (2011), שם סירב בית המשפט העליון של ארצות-הברית לאשר לתובעים לשלב בין המסלולים (כלומר: לתבוע צו עשה נגד הנתבעים וגם backpay, באמצעות כלל 23(b)(2)). המיועד לתביעות צופות פני עתיד כלי דרישה לשלם אגרה גבוהה). ראו Resnik Judith, *Fairness in Numbers: A Comment* on AT&T v. Conception, Wal-Mart v. Dukes, and Turner v. Rogers. 125 HARV. L. 78, 70-170 (2011).

המשפט המדינתי כנאמן של הקהילה הבינ-לאומית) – מעמד המעניק לתביעות את אופיין הטורנס-לאומי.¹²⁷

בסיפורו הקצר "לפני החוק"¹²⁸ עמד כמדומה קפקא על הדילמה שניצבת גם לפני התדיינות ההשבה הכרוכה בשואה. מי שמבקש להגיע אל החוק חזקה עליו שייאלץ להידפק על שערו כל חייו. על סף מוות, כשהוא כבר חולה וחלש, שואל גיבורו של קפקא את שומר הסף מדוע לא ראה אף אדם אחר בא אל החוק. שומר הסף עונה לו כי השער שלפניו הוא מחכה יועד לו ורק לו, אך עתה סוגרים אותו. אפשר לחשוב בדרך דומה על הניסיון המתמשך להביא את השואה למשפט מאז סוף מלחמת העולם השנייה. מקץ שישה עשורים דומה כי נמצא המפתח המשפטי – בדמות התביעה הקבוצתית האמריקנית – לטיפול בתאגידים אירופיים שביצעו הפרות ביורוקרטיות חמורות של זכויות אדם ועד אז נהנו מחסינות מפני אחריות למעשיהם. כאשר בתי משפט אמריקניים פותחים את שעריהם לפני תובעים ניצולי שואה וקרבתנות אחרים של הרייך השלישי, תובעים קשישים וחלשים, דומה כי הסדר הפשרה שעליו חתמו הפרקליטים שב וסוגר לפניהם את שערי החוק ומותיר אותנו בלא פסיקה עקרונית. זו כמדומה הדעה הרווחת בקרב מבקרי התדיינות ההשבה הכרוכה בשואה. במאמר זה ניסיתי להציע קריאה חלופית של התדיינות ההשבה ולהצביע על האפשרויות החדשות שהיא מציעה בכל הנוגע לצדק משפטי, למחקר היסטורי ולגיבוש זיכרונות קיבוציים. תביעות ההשבה בגין השואה משחררות את השופט מהצורך ללמדנו לקח חד-משמעי וסופי. במקום סגירת מעגל המשפט מציע פורום והליך שיש בהם להמריץ את המעורבים הישירים בהתדיינות – ובצד מגזרים גדלים והולכים של החברה האזרחית – לחקור את עברם ולקבל על עצמם אחריות לתביעות הקרבנות.¹²⁹ בניגוד למי שהציגו את תביעות ההשבה כמעודדות תפיסה שיילוקית-אנטישמית של היהודי, ביקשתי להראות שאפשר לקרוא אחרת את התביעות. ההתעקשות של קרבנות הנאצים לדבוק בתביעותיהם, שפורשה במשך שנים כתגובה פתולוגית של קרבנות יחידים, נתגלגלה באמצעות מכשיר התביעה הקבוצתית לעניין של זכות ולמפגש שוויוני יותר בין קרבן למעוול בניסיון מחודש לבחון את העבר מבעד לעדשה מוסרית.

Leora Bilsky, Rodger Citron and Natalie R. Davidson, *From Kiobel back to Structural Reform: The Hidden Legacy of Holocaust Restitution Litigation*, STANFORD JOURNAL OF COMPLEX LITIGATION (forthcoming, 2014)

128 פרנץ קפקא לפני החוק (אילנה המרמן מתרגמת, 2000).

129 לדיון בשאלה אם תביעות ההשבה מהוות תקדים ראו Ratner & Becker, לעיל ה"ש 23, בעמ' 347.